

TRAITÉ
DES ACTIONS

OU THÉORIE DE LA PROCÉDURE PRIVÉE

CHEZ LES ROMAINS,

EXPOSÉE HISTORIQUEMENT DEPUIS SON ORIGINE JUSQU'A JUSTINIEN,

PAR M. ZIMMERN,

PROFESSEUR DE DROIT A IÉNA.

OUVRAGE TRADUIT DE L'ALLEMAND,

ANNOTÉ ET MIS EN RAPPORT AVEC L'ENSEIGNEMENT DE PARIS, DE POITIERS ET D'AIX,

PAR L. ÉTIENNE,

Avocat à la Cour royale, professeur de Droit romain à la Faculte de Droit d'Aix.

2me Édition.



PARIS,

TOUSSAINT, LIBRAIRE-ÉDITEUR.

Rue des Grès-Sorbonne, 7, près de l'École de Droit.

1846

TRAITÉ

DES ACTIONS

CHEZ LES ROMAINS.

Corbeil, imprimerie de Crété.

TRAITÉ
DES ACTIONS
OU THÉORIE DE LA PROCÉDURE PRIVÉE
CHEZ LES ROMAINS,
EXPOSÉE HISTORIQUEMENT DEPUIS SON ORIGINE JUSQU'A JUSTINIEN,

PAR M. ZIMMERN,
PROFESSEUR DE DROIT A IÉNA.

OUVRAGE TRADUIT DE L'ALLEMAND,
ANNOTÉ ET MIS EN RAPPORT AVEC L'ENSEIGNEMENT DE PARIS, DE POITIERS ET D'AIX,

PAR L. ÉTIENNE,
Avocat à la Cour royale, professeur de Droit romain a la Faculte d'Aix.

2me Édition.





PARIS,
TOUSSAINT, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
Rue des Grès, 7, près de l'École de Droit.

1846

PRÉFACE DU TRADUCTEUR.

Zimmern avait formé le plan d'une histoire *interne* du droit privé des Romains jusqu'à Justinien. La première partie du premier tome était consacrée aux sources de ce droit, et la seconde aux personnes : ce tome parut en 1826. Dans un second tome il devait s'occuper des choses ; mais, suivant l'ordre rationnel des idées, il crut devoir, avant de livrer au public son travail sur les choses, imprimer le troisième tome, relatif à la procédure. Cette publication eut lieu en 1829. Le second tome était sur le point de paraître lorsque la mort vint ravir au monde savant le jeune professeur d'Iéna. L'ouvrage est donc incomplet dans ce sens que le traité sur les choses fait lacune ; mais l'histoire des sources et l'exposé de l'état des personnes, d'une part, et l'exposé du système des actions, d'autre part, sont des traités respectivement achevés et parfaits. J'ai donc dû être bien étonné de lire à la page VII de la préface placée en tête de la traduction de *la Procédure* de M. Walter, par M. Laboulaye, ce traducteur si habile et

si brillant, que, Zimmern n'étant pas *complet*, il s'est trouvé réduit à traduire l'ouvrage de Walter. Car il est incontestable que le tome de Zimmern sur la procédure romaine, que je livre aujourd'hui aux lecteurs français, est parachevé, beaucoup plus complet et plus détaillé que le livre de Walter, qui n'en est qu'un faible extrait. La remarque de M. Laboulaye doit donc paraître au moins équivoque; et il est à regretter qu'il se soit trompé, car certainement il aurait pu nous donner une excellente traduction de Zimmern.

Ainsi qu'il sera facile de s'en apercevoir, Zimmern non-seulement éclaire le droit romain du flambeau de l'histoire, mais expose historiquement sa matière, remonte à l'origine de la procédure, la prend à son berceau, la suit dans toutes ses phases, et, à chaque époque marquée, en signale le caractère distinctif et en développe toutes les conséquences.

Cet ouvrage est indispensable à quiconque veut pénétrer dans le sanctuaire de toute science juridique, le droit romain: la connaissance des actions en est la clef; avec elle on se fait jour à travers tous ces obstacles qui semblent en rendre les accès si difficiles, et, une fois ces obstacles vaincus, l'œil découvre sans peine toutes ces richesses, tous ces trésors de la raison humaine que les siècles anciens ont amassés, que d'autres siècles ont admirés et mis à profit, et dont les débris sont encore aujourd'hui comme des diamants qui font briller notre législation moderne dans laquelle ils se trouvent enchâssés.

Cette clef du droit romain est nécessaire, non-seulement à ceux qui se livrent à la science du droit, mais encore à ceux qui étudient, et principalement à ceux qui enseignent la littérature romaine. Comment expliquer

Tite-Live, Horace, Térence, Plaute, Ovide, Cicéron surtout, sans connaître, au moins légèrement, le système de procédure des Romains? Faut-il s'étonner que les traductions, même de nos grands maîtres, contiennent tant de contre-sens? Les traducteurs et les professeurs de latinité ne se donnent pas même la peine de consacrer quelques veilles à lire *les Commentaires de Gaïus*, écrits d'une manière si claire et si pure! Nous avons, à la vérité, des latinistes, des grammairiens modernes, des professeurs du beau dans la littérature; mais nous n'avons pas de philologues proprement dits. Sous ce dernier rapport, nous sommes bien au-dessous des Allemands, Creutzer, par exemple, professeur à l'université de Heidelberg, l'auteur de la Symbolique si bien traduite par M. Guigniault, savait parfaitement son droit romain, spécialement la procédure. Cette lacune de l'enseignement pourrait cependant si facilement être comblée! Il suffirait pour cela d'astreindre les élèves de l'école normale à suivre une année d'Institutes à l'école de droit de Paris, ou de leur faire faire dans leur établissement un cours spécial. Quant aux jurisconsultes, il est inutile de leur recommander l'étude du droit romain, et par conséquent du système des actions à Rome. On en sent de plus en plus l'importance.

La faculté de Poitiers le met en honneur; elle compte beaucoup d'excellents élèves qui se livrent avec ardeur à l'étude du droit en général, et du droit romain en particulier. Leur zèle m'a porté à leur faire un cours de théorie de la procédure romaine : c'est même leur bienveillante assiduité qui m'a déterminé à réaliser le projet que j'avais formé depuis longtemps de traduire Zimmern.

Je dédie cette traduction à tous ceux que le classique

du droit sait encore captiver; je la dédie surtout aux rédacteurs de la Thémis, à ceux qui sont encore vivants, et à mon irréparable Jourdan. C'est à leurs conseils que je dois la direction de mes études; c'était déjà sous leur tutelle que, dès 1825, je faisais paraître mon *Introduction à l'étude du droit romain*, ouvrage traduit de Mackeldey, qui a ouvert la lice aux traducteurs de Niebuhr et de Savigny. Je la dédie aussi à mes honorables collègues de la faculté de Poitiers, qui savent allier à l'éclat de leurs leçons et à la science qu'exige leur enseignement, de vastes connaissances en droit romain : ils ont bien voulu m'accorder des encouragements dans la tâche que j'avais entreprise, et que j'ai menée à fin autant que mes forces me l'ont permis.

Poitiers, ce 1er août 1842.

L. ÉTIENNE.

BIBLIOGRAPHIE.

OUVRAGES ANCIENS.

Il y a peu d'ouvrages anciens à consulter sur la procédure romaine (conf. Haubold, épit. p. 83 et sq.). On peut toutefois recourir à ceux qui suivent :

Franc. Polleti Hist. fori rom. restit. illustr. et aucta per Phil. Broidæum. Duaci 1572, 8° : 1576 ; Lugd. 1587, 8°. Francof. 1676, 8°, Duaci 1691, 8°, et dans Polen. Thes., t. 2, p. 327-672.

Car. Breti Ordo perantiquus judiciorum civilium eorumque solemnia, Paris 1604-4, dans Sallengre Thes., t. 2, p. 1053-1156, et dans Hoffmann Hist. juris, vol. 2, P. 2, p. 1-128.

Chph. Cellarii (præs. Jo. Sam. Stryk) Diss. de processu jur. rom. antiquo. Hal. 1698, 4° ; 1704, 4°, et Viteb. 1733, 4.

Jul. Fr. Malblanc Conspect. rei judiciariæ Romano-Germanicæ, Norimb. et Altd. 1797, p. 1-75.

OUVRAGES MODERNES.

Depuis la découverte des Institutes de Gaius, dont le quatrième commentaire est venu jeter une vive lumière sur la procédure romaine, il n'a pas encore été fait de traité bien complet, soit sur ce commentaire, soit sur la théorie des actions en général. En attendant, il faut signaler au public :

E. Dupont in comm. quart. Inst. Gaii, Lugd. Bat. 1822. Cet ouvrage contient fort peu de choses qui ne soient pas dans le texte de Gaius. (On y trouve même quelques inexactitudes et erreurs. E.)

Unterholzner Conjecturæ de supplendis lacunis, etc. Vratisl. 1823. Cet ouvrage ne contient que quelques essais critiques.

L. Burnouf (præs. Blondeau) De re judicatâ et de rei judiciariæ ap. Romanos disciplina, Paris, 1824, 8°. Cette thèse, de 70 pages seulement, est courte de mots et riche de choses. (On sait que cet opuscule, qui fit sensation lorsqu'il parut, et qui est encore fort recherché aujourd'hui, a été redigé sous la direction et les inspirations de notre bon et savant Jourdan. E.)

A. W. HEFFTER Institutionen des Rœm. und Teutschen civil-prozesses (Institutes de la procédure privée des Romains et des Allemands), Bonn, 1825. Comme l'auteur ici s'adressait spécialement aux praticiens, il n'a pu traiter que fort secondairement l'histoire de la procédure. Cet ouvrage est écrit en allemand, et n'a pas été traduit.

FR. GUILL. de Tigerstroem De judicibus ap. Romanos, Berol. 1826.

FR. JUL. STAHL, über das aeltere rœmische klagenrecht (sur l'ancienne procédure romaine), Munich, 1827, 8°. Cet opuscule, écrit en allemand, ne contient que 55 pages, mais est écrit avec esprit.

GAII Institutionum comm. quartus, recens. restituere conatus est, adnotationem perpet. librumque observationum adjecit, Aug. Guill. Heffter, Berol. 1827, 4°. Cet ouvrage se compose de 26 observations plus ou moins bonnes : ce qu'il y a de mieux, c'est la partie critique.

C. F. MUHLENBRUCH, Entwurf des gemeinrechtl. u. preussisch. civil-prozesses (Essai sur la procédure privée du droit commun de l'Allemagne, et spécialement du droit prussien), Halle 1827. Quoique ce ne soit qu'une esquisse, cet ouvrage contient cependant des remarques historiques fort précieuses.

On peut aussi voir Bethmann-Holweg et F.-L. Keller.

Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditæ, cum commentar. ed. Ed. Huschke. Vratisl. 1829, 8°.

HEFFTER, article sur la *causa adjecta s. expressa*, dans les revendications, dans le Musée du Rhin III, 2, n° 13. Cet article et cette revue où il se trouve sont écrits en allemand.

M. P. MAYER diss. ad Liv. III, c. 44-48. Stuttgard 1828, 8°. Cet écrit traite de la *legis actio per manus injectionem*.

Depuis l'époque où M. Zimmern a publié l'ouvrage que nous traduisons (1829), il a paru en Allemagne et en France plusieurs traités sur la procédure romaine. Les principaux sont :

M. DUCAURROY, Institutes expliquées, 6e édition, Paris, 1841, 8°, tom. 2, pag. 298-504. (E.)

M. BONJEAN, Traité des actions, Paris, 1841, 2 vol. 8°. (E.)

M. ORTOLAN, Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien, Paris, 1842, 8°, tom. 2e. (E.)

M. WALTER, Histoire de la procédure civile chez les Romains, traduite de l'allemand par Édouard Laboulay, Paris, 8°, 1841, chez Durand et Joubert. (E.)

THÉORIE

DE

LA PROCÉDURE PRIVÉE

CHEZ LES ROMAINS.

---

§ Ier. — *Avant-propos.*

La procédure privée des Romains a eu trois phases différentes qui correspondent à trois époques de leur histoire. La plus ancienne est celle des *actions de la loi ;* elle était empreinte de cet esprit exclusif et formaliste qui caractérise les premiers temps de Rome. A côté de cette procédure austère et soumise à l'observation de formes rigoureuses, s'éleva peu à peu une procédure nouvelle, affranchie de cette rigueur primitive : elle fut appelée *formulaire.* Cette procédure nouvelle finit par envahir presque entièrement les causes judiciaires et devint le système dominant. Egalement pendant que ce nouveau système était en vigueur, la justice était quelquefois rendue d'une manière exceptionnelle (*extra ordinem*). Et enfin cette dernière procédure exceptionnelle fut étendue à tant de cas qu'elle prit exclusivement la place du système formulaire.

Le passage d'un système à un autre ne fut donc point subit ni absolu ; aussi, dans la procédure des formules, se trouvent des traces profondes des *actions de la loi ;* et le système formulaire a exercé une influence puissante sur la troisième espèce de procédure.

Le système formulaire a dû d'autant plus exercer cette in-

fluence, qu'il a pris son développement à l'époque où Rome a vu se former dans son sein la vraie science du droit; il lui a prêté son appui pour la faire arriver à ce point de grandeur et de perfection qui l'ont fait envisager comme une jurisprudence modèle.

Ce système se présente, dans l'histoire du droit, avec d'autant plus d'éclat qu'il se trouve placé entre le système ancien, celui des *actions de la loi*, dont l'application simple et bornée ne s'appropriait qu'à des rapports juridiques très-circonscrits, et le système des derniers temps qui n'était plus qu'un pâle reflet d'une époque de gloire sur une autre époque de langueur et de décadence. D'ailleurs du système des *actions de la loi* il ne nous est parvenu que des renseignements tronqués, insuffisants pour nous en faire apercevoir clairement l'esprit et l'enchaînement. Et quoique l'époque du dernier système nous ait transmis des sources nombreuses, il est évident qu'elle manquait d'hommes capables de concevoir une procédure en harmonie avec les besoins et les rapports nouveaux; tandis que l'époque du système formulaire, aussi féconde que la suivante en ouvrages juridiques, l'est plus qu'elle en travaux vraiment scientifiques, et que les hommes de génie ne lui ont point manqué pour donner à la procédure toute l'extension que le siècle réclamait.

La procédure par formules se divisait en deux parties: l'une traçait les règles à suivre pour introduire l'action devant le magistrat et fixer la question en litige : c'était devant ce magistrat (*in jure* [1]) que les parties convenaient du juge qui devait décider le litige et l'investissaient de la compétence nécessaire pour rendre la sentence; la seconde partie de la procédure déterminait les moyens de procéder devant ce juge. Lorsque le juge avait prononcé sa sentence, on avait besoin de revenir au magistrat pour en obtenir l'exécution. Cette division des attributions judiciaires était le fondement du sys-

[1] Gaius, IV, 29, 164. — Cic. de invent. II, 19. — L. 11, D. de just. et jure. — L. 4, § 1, D. de int. i. j. (11-1). — Plaut. Menæchm. IV, 2, v. 18.

tème formulaire; elle remontait cependant au système des *actions de la loi :* mais elle disparut tout à fait sous le troisième système; ici le procès commençait et se terminait devant le magistrat; le juge privé avait disparu.

Quoi qu'il en soit, à toutes les époques de la procédure romaine, la publicité des audiences et l'exposition orale furent regardées comme étant d'ordre public [2]. D'abord la publicité et la parole étaient de l'essence du système des *actions de la loi ;* ensuite, sous le système formulaire, quoique le magistrat délivrât aux parties une instruction écrite pour la porter au juge et lui servir de règle, cependant l'affaire était traitée oralement, les pièces de procédure y étaient en petit nombre; enfin, sous le dernier système, il est vrai que les magistrats supérieurs ne siégeaient plus sur la place publique, que leurs séances se tenaient dans des salles d'audience, qu'on admettait l'usage des écritures; mais il est certain qu'à cette dernière époque encore les débats avaient lieu oralement et en présence du public.

C'étaient les parties qui devaient fixer elles-mêmes la question litigieuse; les fonctions du magistrat ne consistaient point à la leur indiquer : quant à l'examen de cette même question, il appartenait au juge privé; et si, pour arriver à la découverte de la vérité, des moyens de preuves étaient nécessaires, c'était encore aux parties à les procurer.

Voilà, en peu de mots, quels étaient les principes généraux des trois diverses procédures des Romains, et c'est de leur développement que nous allons nous occuper.

[2] Voy. Feuerbach, De la publicité de la plaidoirie. Giessen, 1821, p. 217 et suiv.—Heffter, Inst. p. 158 et suiv.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE [1].

—

CHAPITRE Ier. — DU PERSONNEL.

PREMIER TITRE. — JUSQU'A LA DISPARITION DU SYSTÈME FORMULAIRE.

PREMIÈRE SECTION. — Coup d'œil général sur la magistrature.

§ II. — *Introduction.*

Dans l'origine, le roi lui-même occupait le siége du tribunal ; il remplissait les fonctions qui, plus tard, furent dévolues au préteur [2]. L'ensemble des pouvoirs attachés à la royauté s'appelait *Imperium :* à la chute des Tarquins, les mêmes pouvoirs passèrent aux deux consuls, qui ne furent choisis d'abord que parmi les patriciens [3]. En 387 de Rome, lorsque les plébéiens arrachèrent aux patriciens la moitié du consulat, ces derniers, voulant se réserver l'administration de la justice, la détachèrent de la dignité de consul, et la conférent à un magistrat nouveau, choisi dans leur sein, et

[1] A. *Quintanaduegna* de jurisdictione et imperio, libri II, Madrit. 1598, dans le Thes. Meerm. t. II, Scip. — *Gentilis* de jurisdictione libri III, frf. 1601. Aussi dans Opp. t. III, Ger. *Noodt* de jurisdictione et imperio, libri II, L. B. 1691, et dans Opp. t. 1. *Ge. Chr. Gebauer* de jurisdictione sec. doctrinam Romanor., etc. Lips., 1733, c. 1, dans Exerc. acad. t. 1.

[2] L. 2, § 1, 4, D. de O. jur. (1, 2). — Dion. Hal. X, 1. — Cic. de rep. II, 21, V. 2. — Niebuhr, Hist. rom., t. 1, 2e édit., p. 357, et 3e édit., p. 382, dans la traduction de M. de Golbéry, t. 2, p. 53.

[3] Liv. I, fin. II, 1, IV, 3. — Dion. V, 1, 2. — Cic. de rep. II, 32. — L. 2, § 16, 27, D. de O. J. — Lydus, de magistr., I, 30, sq., et Cic. de leg. III, 3.

l'appelèrent Préteur [4], nom que portaient auparavant tous les magistrats supérieurs, même les consuls [5]. Plus tard, c'est-à-dire au commencement du cinquième siècle de Rome, on put aussi choisir le préteur parmi les plébéiens [6]; et enfin, au commencement du sixième siècle, on créa un préteur pérégrin pour décider les contestations des pérégrins entre eux, ou entre Romains et pérégrins : ce dernier prit le nom de préteur pérégrin [7], pour le distinguer du premier qui reçut en même temps le nom de préteur urbain.

L'*imperium*, indiquant, dans son sens le plus large, tous les pouvoirs attachés aux magistratures supérieures [8], comprenait la *jurisdictio* [9]. Le mot *jurisdictio* employé seul et d'une manière limitative, par opposition à *imperium*, restreignait le sens de cette dernière expression [10].

Les jurisconsultes romains, par *jurisdictio*, pris dans toute l'étendue de sa signification [11], entendaient l'ensemble des pouvoirs des magistrats relativement aux différends ou aux autres rapports juridiques entre particuliers (*officium magistratus*) [12]; le pouvoir relatif aux procès, dire droit et nommer un *judex* [13], n'était qu'une partie de la juridiction ainsi entendue.

[4] Liv. VI, c. ult. VII, 1. — L. 2, § 27; D. de O. J.

[5] Festus, v. prætoria porta. Liv. III, 55. VII, 3.— Cic. de leg. III, 3.

[6] Liv. VIII, 15.

[7] Lyd. I, 38, 45, place en l'année 508 cette création du *préteur pérégrin*.

[8] L. 215, de V. S. Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratuum *imperium*. — L. 32, in fine, D. de inj. (47, 10). — Cic. de leg. III, 3.— L. 3, D. de jurisd. (2, 1).

[9] L. 7, § 2, conf. avec L. 8, D. de offic. proc. (1, 16). — L. 7, § 14, de pact. (2, 14), conf. avec L. 1, § 9, de N. O. N. (39, 1). — L. 12, § 1, D. de jud. (5, 1), conf. avec L. 3, f. D. de jurisd. — L. 13, § 4, D. ad Sct. Treb. (36, 1).

[10] L. 4, D. de jurisd. — L. 26, D. ad munic. (50, 1).

[11] L. 1, D. de jurisd.

[12] Cic. Verr. II, 48. — L. 5, § 1, D. de off. ej. cui mand. (1, 21). — L. 1, § 4, D. de susp. tut. (26, 10).— L. 13, § 4, D. ad Sct. Treb. (36, 1).

[13] L. 10, D. de jurisd. (2, 1). — L. un., § 1, avec pr. D. si quis jus dicenti (2, 3). — L. 13, D. cit.

L'ensemble de tous les pouvoirs dont étaient investis les magistrats romains ayant juridiction, s'appelait aussi *mixtum imperium* : il se distinguait du *merum imperium*, qui désignait le pouvoir judiciaire en matière criminelle [14] et ne prenait presque jamais la dénomination de *jurisdictio* [15]. Des autres parties de la juridiction, les unes ne pouvaient jamais en être séparées [16], telle est la *modica coercitio* [17], les autres sont *magis imperii quam jurisdictionis*, et par conséquent ne sont pas attribuées à tous les magistrats ayant juridiction [18].

Toute juridiction comprend aussi, pour le magistrat qui en est revêtu, le droit de présider à des actes juridiques non contentieux, par exemple, à une *cessio in jure*. Du temps des actions de la loi [19] ces cas étaient assez rares (§ 40); mais

[14] L. 3, D. de jurisd. — L. 1, § 1; L. ult. § 1, D. de off. ej. cui mand. (1, 21). Cic. pro Flacc. c. 3, conf. avec L. 6, pr. D. de off. proc. (1, 16). — L. 70, de R. J. — L. Albrecht, *de imperio mero*, Lips., 1751, et dans C. F. Hommel, opusc., p. 509-552. — F. Eber, *Imperium mixtum et jurisdictionem non tantum nominis sono, sed re ipsa distingui*, Jen. 1815.

[15] Voy. L. 1, pr. de off. ej. cui mand. (En résumé, *imperium*, en général, désigne l'autorité dont est investi un magistrat supérieur, réunissant le pouvoir administratif et de police avec les pouvoirs relatifs aux contestations et aux actes de juridiction volontaire. Le mot *jurisdictio*, employé par opposition à *imperium*, ne contient que ces derniers pouvoirs; mais une telle *jurisdictio* ne peut pas être dépouillée de tout *imperium*, elle est toujours accompagnée du droit de coercition et de contrainte pour assurer l'exercice de la juridiction. *Imperium mixtum* est le nom donné à cette partie de l'*imperium* liée à la *jurisdictio*. Le *merum imperium* est celui qui est en dehors de la juridiction ordinaire, qui ne s'y trouve pas nécessairement lié, et qui a pour but la répression des crimes, *ad animadvertendum facinorosos homines*. L. 3, D. de jurisd. E.)

[16] L. 2, D. de jurisd. *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.*

[17] L. 1, F. L. ult. § 1, de off. ej. cui mand.

[18] L. 4 de jurisd.; L. 26, pr. § 1, ad munic. (50, 1), conf. avec L. 16, § 5, de minor. (4-4). — L. 1, L. 4, § 3, 4, D. d. d. Inf. (39-2).

[19] Savigny, Histoire du droit romain dans le moyen-âge, traduction de M. Guenoux, t. 1, p. 76.

à une époque moins reculée, ces cas sont devenus très-nombreux. De là, dans les ouvrages des jurisconsultes, la division de la juridiction en *contentieuse* et *volontaire* [20].

On peut dire qu'en général la juridiction consiste *in decretis interponendis dijudicandisque causis* [21]; ce qui a été résumé ainsi : *do*, *dico*, *addico* [22]. *Do* signifie donner une action, une possession de biens; *dico*, dire droit, promulguer des édits, rendre des interdits; *addico*, adjuger un *judicatus* à son adversaire, attribuer un juge pour décider un procès [23].

Decretum, dans un sens étroit, signifie toute décision rendue après examen [24]; dans ce sens les empereurs rendaient des décrets, de même que tous les magistrats supérieurs ayant un tribunal [25]. Il est probable que, dans un sens moins restreint, on doit entendre par *décret* toute décision rendue par un magistrat avec ou sans examen préalable, du haut du tribunal ou partout ailleurs (*v.* § 6).

Cognoscere exprime l'examen d'une affaire, ou la conduite d'une procédure par un magistrat, ou même par un *judex* en certains cas [26]. Les *cognitiones* prétoriennes seront expliquées aux §§ 75 et 88. La dénomination de *notio* [27], qui signifie toute espèce d'examen ayant pour résultat une décision, a été aussi attribuée à une *cognitio* [28]; elle appartient donc aussi bien à la juridiction qu'à toute autre *cognitio* étrangère à la juridiction [29]; elle compète également et aux magis-

[20] L. 2, pr. D. de off. proc. (1, 16).

[21] Asconius, ad prooem. in Ver., et L. 3, F. D. de jurisd.

[22] Varro, de L L. V, 4. Macrob. Sat. I, 16. — Ovid. Fast. I, v. 47.

[23] L. 3, § 8, D. de B. P. (37, 1). — L. 2, § 1, D. quis ordo (38, 15), conf. § 10 du présent ouvrage.

[24] L. 1, § 1, D. de const. princ. (1, 4). — Theoph. I, 2, § 6.

[25] L. 105, D. de reg. jur. et J. God. in h., tit. conf. § 6 de ce ouvrage.

[26] L. 1, § 1, D. 10, 2. — L. 3, § 9, D. 10, 4. — L. 17, D. 27, 10. — L. 135, § 2, in fine; D. 45, 1.

[27] Cic. de finib. III, 10. C. G. Winkler, de juridico Alexandriæ, Lips. 1827, 8, p. 8, sqq.

[28] Cic. pro dom. c. 13, de le agr. II, 21, fin. ad Att. VI, 20.

[29] L. 99, pr. D. de V. S.

trats [30] et à ceux qui n'ont aucune juridiction [31]. *Judicis notio* a un sens beaucoup plus restreint ; cette expression indique la *cognitio* attribuée au juge par le magistrat [32].

§ III. — *Rome et les provinces.*

Dans l'origine, le roi administrait la justice : après la chute de la royauté, la justice fut administrée par les consuls, puis enfin par les deux préteurs, qui restèrent les dépositaires de la juridiction. Les édiles exercèrent aussi une certaine juridiction sur les affaires de police et de commerce [1]. Dès qu'il y eut des provinces (la Sicile en 513), on y envoya aussi des préteurs investis de pouvoirs administratifs et judiciaires [2]. Dans le septième siècle, Rome elle-même s'enrichit de plusieurs préteurs nouveaux, chargés de la poursuite de certains crimes, qui reçurent le nom de *quæsitores perpetui* [3]; et à la même époque, on n'envoya plus de préteurs dans les provinces, mais des proconsuls et des propréteurs, c'est-à-dire des consuls et des préteurs dont les fonctions venaient d'expirer [4]. Les gouvernements des provinces étaient quelquefois prorogés. Vers les derniers temps de la république, il y eut

[30] L. 8, § 1, D. de trans. (2, 15). — L. 1, § 14, D. de sep. (42, 6). — L. ult. C. de vi bon. rapt. (9, 33). — L. 6, C. quomodo et quando (7, 43).

[31] L. 5, pr. D. de re judic. (42, 1).

[32] L. ult. § 3, D. quod met. (4, 2). — L. 3, § 3, conf. § 4, D. de lib. exhib. (43-30).

[1] Dion. Hal. VI, 90. Dio Cass. LIII, init. Zonar. A. VII, 16, Theop. I, 2, § 7. L. 63, D. 21, 1.

[2] Liv. XXIII, 30 f. — L. 2, § 32, D. de O. J. et Liv. XL, 44. — L. XXII, 27. f. et 28 init.

[3] La première *perpetua quæstio* est attribuée à la *lex Calpurnia de repetundis* de l'année 605. Cic. Brut. 27, de off. II, 21. in Verr. III, 84.— *Unus quotannis ex prætoribus* QUÆSITORIS *ex hac lege provinciam sortito* se trouve dans la loi *Servilia*. Conf. Klenze, fragmenta legis Servil. repet. Berol. 1825, 4, p. 27 sq.

[4] Liv. VIII, 22. XXIV, 10. XXVII, 36. XXIX, 13. XXX, 27. XXXIV, 55. XXXV, 20. XXXVII, 1 et 2. XXXIX, 45. Dio Cass. XLII, 20.

plusieurs efforts tentés pour arriver à ce sujet à de la régularité [5]. Les gouverneurs avaient sous leurs ordres des *questeurs* chargés de l'administration des finances, et, en même temps, de cette juridiction qui, à Rome, appartenait aux édiles [6]. Vers la fin de la république, ceux qui étaient à la tête des affaires, et ensuite les empereurs, siégeaient eux-mêmes au tribunal [7], et dirigeaient, en qualité de magistrats, des débats d'intérêt privé qu'ils évoquaient en première instance, et ils jugeaient eux-mêmes, ou donnaient un *judex* [8] pour prononcer la sentence. Par leurs rescrits, ils exerçaient encore sur l'administration de la justice une influence indirecte.

L'administration des provinces avait été attribuée à l'empereur par l'effet de la *proconsularis potestas*. Auguste cependant déjà consentit à faire entrer le peuple dans le partage des provinces [9]; les gouverneurs des provinces du peuple prirent dès lors le nom de *proconsuls*, même lorsqu'ils avaient le rang de préteurs [10]. Quant aux autres provinces, l'empereur en était lui-même le proconsul; les présidents qu'il y envoyait pour le représenter s'appelaient *legati Cæsaris*, ou étaient dénommés *propréteurs*, lors même qu'ils avaient le rang de consuls [11]. Dans les provinces du peuple, le questeur continua

[5] Liv. VIII, 26 fin. (Cic.), pro domo, c. 3. Sal. Jug. 27. — Dio Cass. XXXIX, 33. LXIII, 25 fin. Cic. Philipp. I, 8, V, 3, avec II, 42.

[6] Gaius, I, 6.

[7] Suet. Cæs., c. 43. Octav. 33. Dio Cassius, LIII, 21. — Suet. Cla. 15. Nero, 15. Domit. 8. — L. 18, § 1, D. de minor. (4, 4). — *Sin autem princeps sententiam dixit.* — Perizonius, de Prætorio, Franeq. 1690, 8, p. 186-210, p. 728-777. Noordkerk Obss., c. 4, p. 57 sqq.

[8] Outre la note précédente, v. Val. Max. VII, 7, n[os] 3 et 4; Tacit. A. II, 48; Dio Cass. LX, 4. — L. 18, § 4, D. de min. (4, 4). — Ernesti Exc. II, ad Suet. Cæs. c. 42.

[9] Dio LIII, 12. Suet. Oc. 47. Strab. XVII, c. 3 et 25. Theoph. II, 1, § 4, conf. avec Caius, I, 6; II, 7 et 21.

[10] C'est pour cela qu'on lit seulement *prætor* AUT PROCONSUL dans Gaius, IV, § 139, et que l'intitulé du titre 16, livre 1[er], du Digeste porte *de Offic. proconsulis.*

[11] Dio Cass. LIII, 13 et 14. Suet. Octav. 47. L. 12, pr. D. de accus. (48, 2). — Tit. D. de off. præsid. (1, 18).

à remplir les fonctions d'édile ; mais les provinces de l'empereur ne reçurent plus de questeurs [12], et les *procuratores* ou *rationales Cæsaris*, qui avaient quelque analogie avec eux, n'avaient aucune juridiction [13]. On doit d'autant plus facilement admettre que, sous les empereurs, les fonctions des magistrats provinciaux n'étaient point bornées à un an, que, déjà du temps de la république, il n'en était plus ainsi [14].

Sous les empereurs, nous retrouvons les consuls avec une certaine juridiction [15], spécialement avec une juridiction volontaire [16]. La connaissance des fidéicommis leur fut confiée [17] ; elle continua même à l'être pour les fidéicommis considérables [18] à l'époque où il fut nommé des préteurs fidéicommissaires. Claude, en effet, créa deux préteurs pour cet objet à Rome ; quant aux provinces, ce fut le président qui en fut chargé. Titus réduisit les deux préteurs à un seul [19] ; Marc-Aurèle établit un *prætor tutelaris, cum ante tutores a consulibus poscerentur* [20], et Nerva en établit un autre pour dire droit entre le fisc et les citoyens [21]. Alexandre-Sévère parle d'un préteur *cujus de liberali causa jurisdictio est* [22]. Quant au

[12] Gaius I, 6.

[13] Dio, LIII, 15. L. 9, pr. D. de off. proc. Tit. D. de off. procuratoris. Cæs. l. rationalis (1, 19).— L. 23, § 1, D. de app. (49, 1). — L. 1, C. de ped. jud. (3, 3).

[14] Conf. Tac., A. I, 80 ; IV, 6. Suet. Tib. 41. F. L. Keller, ueber litis contestat. Zurich, 1827, p. 164 sv.

[15] L. 1, § 3, D. de app. (49, 1). — Gell. XII, 13 : « Cum Romæ a consulibus extra ordinem datus pronuntiare intra Calendas jussus essem. » Ce qu'il y avait ici d'extraordinaire, était-ce que les consuls avaient nommé un *judex?* on plutôt qu'ils l'avaient pris en dehors des listes? Cette dernière hypothèse est plus plausible.

[16] Tit. D. de off. consulis (1, 10).

[17] § 1, J. et Théoph. de fid. her. (2, 23).

[18] Quinct. I, O. III, 6. Gaius II, 278. Ulp. XXV, 12. — L. 29, pr. D. de leg. 2 (31).

[19] Suet. Claud. 23. L. 2, § 32, D. de O. J.

[20] Capit. Marc. c. 10.

[21] L. 2, § 32, f. de O. J.

[22] L. 1, C. si mancipium ita venierit (4, 56).

vicarius annonæ, voyez le § 22. Enfin, quant aux préfets nommés déjà du temps d'Auguste, et qui étaient à vie, l'exercice de la juridiction n'était pas leur principale attribution. Mais I. le *præfectus urbi* [23], dès l'origine, dut connaître des appels (en 2e instance) dans les affaires civiles (conf. § 169); et, plus tard, il s'occupa des plaintes des patrons contre leurs affranchis, spécialement en ce qui concernait les aliments [24], des plaintes des esclaves contre leurs maîtres qui devaient et ne voulaient pas les affranchir [25] : de plus, il pouvait donner des interdits dans les cas de violence [26]; il décidait les contestations contre les *argentarii* (*ex epistola divi Hadriani*) [27], et il pouvait aussi donner des juges [28].

II. Auguste créa deux chevaliers chefs des prétoriens et de toute l'armée d'Italie [29]. Sous Tibère, la position de *præfectus prætorio*, qui s'était concentrée sur un seul homme, prit une importance considérable [30]. Sous Claude, il n'y eut aussi qu'un seul préfet (du prétoire) [31]; mais ensuite il en fut nommé un plus grand nombre [32]. Jusqu'à Alexandre-Sévère, cette dignité, d'abord purement militaire, avait reçu tant d'accroissement que les préfets du prétoire étaient devenus les premiers personnages après l'empereur [33]. Ils réunissaient sur leur tête les juridictions criminelle et civile. Ils avaient déjà la juridiction criminelle du temps de Marc-Aurèle, puisque on dit de

[23] Suet. Oct. 37. Dio, LII, 21; Tac. A. VI, 11. L. 1, § 4, D. de off. præf. urb. (1, 12), avec L. 42, D. de excuss. (27, 1). Coll. XIV, 3.

[24] L. 1, § 2, 10, D. de off. pr. urb.

[25] L. 1, § 1, D. eod.

[26] L. 1, § 6, D. eod.

[27] L. 2, D. eod.

[28] L. 12, § 1, D. de jud. (5, 1). L. 3, D. de off. præf. urb. L. 1, pr. D. quis à quo app. (49, 3).

[29] Dio Cass. LII, 24, et LV, 10.

[30] Tac., A. IV, 2, avec 1, et Aur. Vict. de Caes. c. 9.

[31] Tac. A. XII, 42.

[32] Lamprid. Commod. c. 6. Spart. Julian., c. 3 et 7.

[33] Aur. Vict. l. c. Zosim. II, 32. L. 2, § 19, D. de O. J. L. 1, pr. D. off. pr. præt. (1, 11).

lui, *auctoritate et periculo* (de ces préfets) *jura dictavit* [34]; ce qui indiquerait seulement qu'il se faisait assister par eux. Mais sous Septime-Sévère, il est fait mention d'une affaire traitée judiciairement *in auditorio Popiniani præfecti prætorio* [35]; et, d'après le témoignage d'Ulpien, les préfets du prétoire pouvaient nommer des juges [36]. Conf. aussi §§ 7 et 170.

§ IV. — *L'Italie et l'Égypte.*

Les magistrats de Rome exerçaient leur juridiction sur tout le peuple romain [1]. Rome, en effet, était la patrie commune de tous les citoyens; l'Italie elle-même n'était que Rome étendue. Tout citoyen, dans quelque pays qu'il résidât, lorsqu'il venait à Rome, se trouvait donc soumis à sa juridiction [2]. Toutefois les cités de l'Italie ayant été constituées en municipes après leur soumission à l'empire, et ayant obtenu ainsi leur incorporation à la cité romaine, eurent l'administration presque complète de leurs propres intérêts [3]. Les fonctionnaires supérieurs de ces cités, appelés magistrats, duumvirs ou quatuorvirs, avaient droit de juridiction sur tout le territoire de la cité, à l'exemple des consuls de Rome des premiers temps de la république, ou à l'instar des présidents des provinces, et recevaient, à cause de cela, l'épithète de *juridicundo* [4]. Sous la république, leur compétence dut être fort étendue; car il eût été bien difficile au préteur de Rome de prêter son ministère à toutes les contestations de l'Italie. Or, il n'y a que

[34] Capitol. Marc. c. 11.

[35] L. lecta (40), D. de R. C. (12, 1). V. aussi L. 97, D. de a. l. o. h. (29-2). — L. 3, § 3, de usur. (22, 1).

[36] L. 1, pr. D. quis et a quo (49, 3).

[1] L. 3, § 1, D. quod metus (4, 2). L. 12, pr. D. de accus. (48, 2).

[2] V. plus loin § 26. — Gell. xx, 10, verb.: sed postquam prætores, propagatis Italiæ finibus rel.

[3] Cic. in Rull. II, 34. L. 4, § 3, 4, D. de d. inf. (39, 2). L. 16, C. Th. de dicut. (12, 1), ou L. 18, C. eod. (10, 31). L. 1, C. Th. quemadm. munera (12, 5). — Tit. D. de magistratibus conveniend. (27, 8).

[4] V. Savigny, t. 1, p. 26, note 31.

les magistrats municipaux que l'on puisse supposer avoir rendu la justice, si le préteur de Rome ne le pouvait pas [5]. Il est vrai que, dans quelques cités, Rome envoyait annuellement un *præfectus juridicundo*; mais précisément ces cités faisaient exception, et se distinguaient des autres par le nom de *préfectures* [6]. Sous les empereurs, ces préfectures disparurent peu à peu [7], probablement parce que là l'influence de Rome s'est d'abord fait sentir d'une manière plus puissante (V. § 5). Voilà pour l'Italie.

Quant à l'Égypte, Auguste y envoya un magistrat qui, remplaçant les anciens rois [8], administra ce pays conquis, devenu province, avec le nom de *préfet* (*Ægypti*, *Augustalis*) [9]. Ce préfet avait absolument les mêmes pouvoirs qu'un gouverneur de province ordinaire [10]; toutefois, par des raisons de localité, il ne reçut ni la qualification ni le rang de véritable magistrat romain [11]. Mais la *legis actio*, comme partie de la juridiction volontaire, lui fut aussi attribuée [12].

Alexandrie, la capitale, qui ne rentrait pas dans l'ancienne division en Nomes de ce royaume [13], reçut [14] de Rome un

5 Voy. Savigny, l. c., p. 28.

6 Fest. v. præfecturæ. — Liv. XXVI, 16. Cir. ad div. XIII, 11. L. Gall. Cis., l. 6.

7 Festus (l. c.) en parle comme d'une institution d'autrefois.

8 Strabo, XVII, 1, p. 797, ed. Casaub. Tacit. Hist. I, 11.

9 En grec, il s'appelait ἔπαρχος ou ἡγεμών. Voy. Rudorff dans Rh. Mus. f. Philol., t. 2, p. 74.

10 L. un. D. de off. præf. August. (1, 17). Suet. Oct., c. 18. Conf. avec Caes, c. 35. Suet. Octav., c. 66, Dio LI, 17.

11 Tacit. A. XII, 60: « D. Augustus, apud equestres, qui Ægypto præsiderent, lege agi, decretaque eorum perinde haberi, jusserat, ac si magistratus romani constituissent. » Quant à cette circonstance que Auguste n'y envoya que des chevaliers romains, voy. Tac. Hist. I, 11, et Rudorff, l. c., p. 71 et suiv.

12 L. 21, D. de man. vind. (40, 2): Apud præfectum Ægypti possum servum manumittere ex constitutione D. Augusti.

13 Rudorff, l. c., p. 74-81.

14 Jo. Dan. Ritter ad Heinecc. Hist. jur. I, 4, § 177. — Winkler De juridico Alexand. Voy. plus haut § 2, note 26.

judex [15], *juridicus* (*Alexandriæ*), δικαιοδότης, qui (aussi comme *rationalis Cæsaris*) fut adjoint au préfet pour soigner la partie la plus importante de la juridiction [16] à Alexandrie; et peut-être même dans toute l'Égypte [17], puisque les fonctionnaires du pays appelés νομάρχαι [18] furent dépouillés de leurs principales attributions. La *legis actio* compétait aussi au *juridicus*, sinon lors de sa création, du moins quelque temps après [19]. Une constitution de Marc-Aurèle lui accorda la *tutoris datio* [20]. Il n'est pas vraisemblable que le *juridicus*, non magistrat, soit de la création d'Auguste. Il est probable que son origine remonte un peu plus haut, aux derniers temps de la république; qu'à cette époque on nomma des *juridici* pour terminer des procès qui s'étaient élevés pendant les discordes civiles, et qui n'avaient pu jusque-là être jugés [21].

Dès le commencement de la monarchie impériale, on voit s'étendre bien au delà de Rome l'influence du préteur urbain. Cette influence augmenta encore plus tard [22]. Ce fut une innovation que fit Adrien en divisant l'Italie en quatre districts pour l'administration de la justice, et en plaçant à leur tête des *viri consulares*. Ces *consulares* toutefois n'étaient que de véri-

[15] Spart. Sever., c. 17. — « Qui (Alexandrini) vivebant uno *judice* contenti, quem Cæsar dedisset. »

[16] Strabo XVII, 1. — ὑπ' αὐτῷ δ' ἐστὶν ὁ Δικαιοδότης, ὁ τῶν πολλῶν κρίσεων κύριος rel. Il ne jugeait en effet que les principales affaires; car, parmi les magistrats locaux qui furent conservés avec une juridiction limitée, on rencontre un ἀρχιδικαστὴς, qui, par conséquent, devait s'occuper des affaires de peu d'importance. Strabo, p. 797, voy. Rudorff, l. c., p. 82, note 9.

[17] Winkler, p. 23 sqq.

[18] Strabo, l. c., p. 798. Rudorff, p. 75.

[19] L. 1, D. de off. jurid. (1, 20).

[20] L. 2, eod.

[21] C'est une opinion de Winkler, qui n'a rien d'invraisemblable (l. c. p. 4 sqq.), mais dont la démonstration, tirée avec beaucoup d'art de Seneca Herc. furens, v. 579 sqq., laisse beaucoup à désirer.

[22] L. Gall. Cisalp., c. 21, 22. L. 1, L. 4, § 3, 4, D. de d. inf. (39, 2).

tables *juridici*; et, depuis Marc-Aurèle, il n'était même plus nécessaire que cette charge fût occupée par des *consulares* [23].

§ V. — *Des magistrats municipaux sous les empereurs.*

Comme il est constant que l'indépendance des municipes italiens alla toujours en déclinant sous les empereurs, on doit en conclure que les pouvoirs de leurs magistrats subirent la même décroissance, surtout en ce qui concerne la juridiction, puisque à Rome même les anciens magistrats perdirent une partie considérable de leurs prérogatives [1]. Dans le paragraphe précédent, nous avons déjà vu que l'Italie était administrée par des *juridici* chargés, à la vérité, de la juridiction seulement, mais dont la présence dut resserrer le cercle des attributions des décumvirs. Déjà, dans la loi de la Gaule cisalpine, ancienne province devenue partie intégrante de l'Italie, des limites étaient apportées, ainsi qu'il suit, aux pouvoirs des magistrats municipaux [2]. Ils pouvaient *jus dicere* et *judicia dare* d'une manière illimitée, mais dans une certaine sphère seulement (*si ea res erit, de qua re omni pecunia ibi jus dici, judiciave dari ex hac lege debebit oportebit*) : dans d'autres cas, par exemple, pour le prêt d'argent, leur juridiction ne dépassait pas 15,000 sesterces [3]. Pour ce dernier genre de contestations, ils pouvaient aussi *duci jubere;* mais dans les autres affaires de leur compétence, le *duci jubere* ou la *missio in bona* était réservée au préteur de Rome (voy. les §§ 75 et suivants). Ils avaient le droit, en outre, *remittere operis novi nunciationem* [4], d'ordonner la caution *damni infecti*, et, dans le cas où elle était refusée, de donner une action *in factum* (voy. § 85).

[23] Spart. Hadr. c. 21 : « Quatuor consulares per omnem Italiam *judices* constituit. » Capit. Ant. Pius c. 2 fin. — Cap. Marc. c. 11 : « Datis *juridicis* Italiæ consuluit ad id exemplum, quo Adrianus consulares viros *reddere jura* præceperat. » Conf. L. 41, § 5, de fid. libert. (40, 12). Vat. frag. § 232.

[1] Savigny, l. c. p. 30.

[2] Savigny, l. c. p. 34 et suiv.

[3] L. Gall. Cisalp. c. 21, 22.

[4] *Ibid.* c. 19.

Les magistrats avaient encore l'*imperium* ou *potestas* [5]; mais plus tard ils n'eurent plus, en qualité de *minores magistratus*, que la juridiction [6]; l'*imperium* ou *potestas* leur échappa : par conséquent [7], ils pouvaient être poursuivis pendant la durée de leurs fonctions; et ils n'avaient plus le droit de procéder à des actes qui appartiennent plutôt à l'*imperium* qu'à la juridiction; tels sont la *missio in bona*, la *restitutio in integrum*, exiger les cautions prétoriennes [8]. On leur déléguait bien la *cautio* ou la *missio* du *damnum infectum*, parce que là il y avait urgence; mais le reste de cette même procédure, c'est-à-dire la *missio ex secundo decreto* et l'action *in factum*, était réservé aux magistrats supérieurs [9]. Toutefois, les magistrats municipaux conservèrent cette partie de l'*imperium*, absolument inhérente à la juridiction, savoir, la *mulctæ datio* et la *pignoris capio* [10]. Ils pouvaient aussi nommer des tuteurs [11], et quelquefois ils avaient la *legis actio* [12]. En tous cas leur juridiction se restreignait à une certaine somme, lorsque les parties ne

[5] L. Gall. Cisalp. Col. 1, l. 50 sq. Tab. Herac. l. 143. Apud Metam. lib. 1, c. 18, sub fin. Dirksen, ad leg. Gall. Cis. p. 40 sq.

[6] L. 29, D. ad munic. (50, 1).

[7] Par conséquent, on ne peut leur appliquer non plus ces mots de la L. 1, § 1, D. *si quis jus dicenti non obtemperaverit* (2, 3).

[8] Paul, L. 26, pr. § 1, D. ad munic. (50, 1). Ulpien, L. 32, D. de inj. (47, 10). Conf. avec L. 4, D. de jurisd. (2, 1).

[9] Ulp. L. 1. Paul, L. 4, § 3, 4, D. d. d. inf. (39, 2).

[10] L. 131, § 1, de V. S. — L. un. § 2, de via publ. (43, 11).—L. 29, § 7, ad leg. Aq. (9, 2). L. 3, § 1, de reb. cor. (27, 9).

[11] Vat. fr. § 191. (Voy. aussi Savigny, l. c. p. 35. Nous ne concevons pas comment M. Bonjean peut prétendre, à la page 150 de son 1er tome, que le magistrat municipal *ne peut plus nommer des tuteurs*, surtout en se référant à la L. 3, D. de tut. dat. qui dit positivement tout le contraire. Nous croyons plutôt qu'il y a, dans cet endroit du livre de M. Bonjean, une erreur de typographie : les profondes connaissances de l'auteur et le mérite incontestable de son livre nous déterminent à admettre cette dernière hypothèse. E.)

[12] Paul II, 25, § 4. *Apud magistratus municipales*, SI HABEANT LEGIS ACTIONEM, *emancipari et manumitti potest*. Constance dans la L. 4, C. de vind. lib. (7, 1), — *magistratus eorum civitatum*, QUIBUS HUJUSMODI JUS EST, etc. Conf. L. 1, C. de emancip. (8, 49).

s'étaient pas entendues pour proroger leur compétence [13]. Le surplus appartenait au préteur urbain, peut-être seulement dans un certain rayon autour de Rome [14], et vraisemblablement pour quelques affaires ; et au *juridicus*, dans la partie de l'Italie qui formait le territoire déterminé pour ses fonctions [15].

§ VI. — *Du lieu et du temps où se rendait la justice* [1].

Dans l'ancienne Rome, la justice se rendait dans le *forum* sur un tribunal [2]. Là, les rois, plus tard les magistrats [3] siégeaient sur une chaise curule [4]. Les empereurs aussi s'assirent au tribunal [5]. Tout ce qui exigeait *causæ cognitio* était traité *pro tribunali* [6]. On ne rendait donc au tribunal aucun décret *de plano* [7] (v. § 2) : cette dernière expression signifie une affaire

[13] Paul V, 5 a, § 1. Paul, L. 28, D. ad mun. (50, 1). Conf. avec L. 11, pr. D. de jurisd. (2, 1).

[14] Arg. Vat. fr. § 232. De même aussi le *præfectus urbi* n'étendait sa juridiction que jusqu'à la centième pierre autour de Rome (v. § 3, note 22) ; et, sous les empereurs chrétiens, il est encore question, sous un autre rapport, de *regiones suburbicariæ* (§ 172, note 3; voyez aussi Bethmann-Hollweg, Versuche ueber Theile der Théorie des Civil-prozesses. Berlin, 1827, p. 8, not. 19).

[15] Dans Paul, IV, 4, § 2, on trouve ces mots : « Heres per magistratus municipales *ex auctoritate præsidis*, fideicommissario postulante, hereditatem adire et restituere compellitur. » Une inscription, qui se trouve dans Gruter, p. 1090, n° 13, fait mention d'un juridicus *de infinito*. V. Savigny, p. 31.

[1] Bretus, c. 5. Noodt de jurid. I, 10.

[2] Isid. Orig. lib. 15, c. 4, sub fin. — Quinct. I, O. XI, 3, avec Liv. VIII, 32. Sa forme est décrite dans Vitruve, *De archit.* V, 1. Conf. C. F. Hommel, *De forma tribunalis et majestate prætoris*. Lips. 1763, et à la fin de Nieuport antiq. ed. 13 et 14.

[3] Dion. Hal. II, 4 f. Liv. XXVII, 50; Mart. III, Ep. 38.

[4] Liv. I, 8. Val. Max. III, 5, § 2. Qu. I, O. VI, 3. Mart. XI, 99. — Cic. Verr. IV : « *Palam de sella atque* tribunali pronunciavit. »

[5] Suet. Octav. 33. Claud. 15.

[6] C'est dans le même sens qu'il est dit que les annonces, pour être publiques, doivent être attachées dans un lieu « *unde (ubi) de plano recte legi possunt*, » L. 11, § 3, D. de inst. act. (14, 3). Val. Prob. notæ : U. D. P. R. L. P. Tab. Her. l. 16, L. Servilia, l. 65. Joseph Ant. XIX, 5. — Cujac. obs. VII, 29. Klenze, ad leg. Serv. c. 19, note 14 (p. 78).

[7] L. 3, § 8, D. de B. P. (37, 1). L. 2, § 1, D. quis ordo (38, 15). — L. 7, f. D. de conf. tut. (26, 3). L. 4, C. de dilatt. (3, 11). Conf. aussi

expédiée sans solennité, hors du tribunal, sur simple requête (*libellus*)[8]. *Tribunali præest*[9], *pro tribunali cognoscit*[10] indiquent que le magistrat[11] tenait ses audiences[12].

Les magistrats ne siégeaient pas tous les jours; outre les jours néfastes (§ 129), il y en avait d'autres où l'on ne rendait pas la justice. Il n'est pas bien certain que *dies cognitionum* et *dies postulationum* désignent les jours d'audience, ou qu'il y ait eu des sessions pour former les demandes et d'autres pour s'en occuper[13]. Au reste, il n'était pas indispensable que le tribunal fût toujours au même endroit[14]. Dans les villes municipales il y avait aussi des tribunaux[15]. Il est douteux

entre *pro tribunali* et *de plano* dans Vat. fr. § 156. L. 1, § 8, D. ad Sct. Turp. (48, 16). L. 18, § 10, D. de quæst. (48, 18).

[8] L. 9, § 1, D. de off. proc. (1, 16). L. 71, D. de R. J. avec la L. 11, § 6, D. ad leg. Jul. de ad. (48, 5). L. 3, § 8, de B. P. (37, 1). *Simplex jussio* dans la L. 23, § 3, D. quod met. (4, 2).

[9] L. 1, D. de jud. (5, 1).

[10] L. 2, D. de re jud. (42, 1).

[11] Le juge ne siégeant jamais sur le tribunal, v. § 13, l'expression *judex qui tribunali præest*, qui se lit L. 1, D. l. c. doit s'entendre du magistrat.

[12] L. 2, § 1, D. quis ordo (38, 15). — Cic. de or. I, 37 : « *Nobis in tribunali — sedentibus.* » — Vat. fr. § 156 avec § 161.

[13] Dans la L. 73, D. de jud. (5, 1), *dies cognitionis* est le jour où deux parties doivent se trouver devant le magistrat, pour commencer la *cognitio* : de même le *ante decreti diem* de la L. 28, pr. D. de exc. (27, 1), a trait au jour où l'on doit procéder à l'examen. Enfin la L. 2, § 2, conf. avec § 1, D. *quis ordo*, ne signifie pas « aujourd'hui ce n'était pas un *dies postulationum*, » mais seulement « aujourd'hui le préteur avait trop à faire pour prêter l'oreille même à cette *postulatio.* » — Toutefois l'opinion sur laquelle nous élevons un doute, et qui ne nous paraît pas la bonne, est la dominante. V. Siccama et Zepernik, de jud. centumvir II, 1, p. 118 sq. Glück opusc. fasc. II, p. 331, note 65.

[14] Liv. XXIII, 32.

[15] Auct. de clar. orat. c. 6. Reines. Inscr. cl. II, p. 298, n° 89. — A la note d, tit. 6, livre 4 de Heineccius (Antiquités), on trouve écrit que c'est mal à propos qu'on attribue un tribunal aux magistrats municipaux; que si l'on dit *tribunal* au lieu de *subsellia*, c'est par orgueil que ces magistrats ont usurpé ce nom, de même que la curie avait usurpé le nom de sénat. Mais dans les frag. Vat. § 112, on trouve encore ces mots: *apud magistratus de plano* rel. Ce qui indique qu'ils siégeaient aussi sur un tribunal. Conf. Buchholz Vat. fr. Reg. Boruss. 1828, ad § cit.

qu'on ait donné le nom de *conventus*, à Rome, à ces *sessiones* dans lesquelles les préteurs recevaient les *postulationes* ou procédaient à la *cognitio* [16]; mais il en est autrement pour les provinces [17]. Le président ne siégeait pas seulement dans le chef-lieu de son district; du temps de la république, et plus tard, tant que dura le système formulaire, il allait, ordinairement pendant l'hiver [18], de contrée en contrée, et y tenait des sessions appelées *conventus* [19]: les lieux où elles se tenaient s'appelaient eux-mêmes *conventus*; aussi y avait-il des provinces divisées en *juridici conventus* [20]. Mais lorsque arriva l'époque où le magistrat ne se bornait plus à la *judicis datio*, lorsque lui-même dut juger, une justice ambulatoire ne fut plus possible; le magistrat fut obligé de se tenir dans un lieu déterminé et d'y recevoir les plaideurs constamment. Lorsque l'on dit que les *conventus* disparurent avec l'*ordo judiciorum* [21], il faut entendre cela purement et simplement à la lettre, c'est-à-dire que, lorsque l'*ordo judiciorum* fut supprimé, le magistrat ne tint plus, comme il en tenait auparavant, de simples sessions.

§ VII. — *Du consilium, des assesseurs* [1], *de l'auditorium.*

Déjà du temps de la république, les magistrats étaient dans l'usage de se faire assister par des conseillers; ce qui était

[16] Conf. § 128, infra.

[17] Raeward, Protribunalia, c. 14. Jo. L. E. Püttmann Miscell. c. 25.

[18] Cic. ad Att. v, 14 : « Æstivos menses — rei militari dare, hibernos jurisdictioni. » — Liv. XXXIV, 48, — *totum hiemis tempus juri dicundo consumpsit.* Cæs. B. G. G. I, 54.

[19] Théoph. I, 6, § 4. — Cic. in Verr. II, 29 : « homines honestos e conventu syracusano. » Cic. ad div. II, 13, f. Virg. Æneid. v, v. 758, et sur ce vers Servius. — Festus, v. *conventus*. V. infra, § 128. — Suet. Jul. c. 7 : « Ubi jure dicundo conventus circumiret. » — Hor. Sat. I, 7, v. 22. Juv. VIII, 127. V. aussi L. 5, C. quomodo et quando (7, 43).

[20] Outre la note précédente, v. Plin. Hist. nat. III, 1, § 3 et 4. Hirt. B. Q. VIII, 46, et Cic. Verr. v, 11 : « Conventus sunt oppida, in quibus consistere prætores et conventus agere solebant. »

[21] Théoph. III, 12, pr.

[1] Zepernik ad Siccama, de jud. centumv. c. 2, note d, p. 17 sq. Th. Roll. Hist. jur. civ. de assessorib. magistratuum romanor. Lips. 1787, 4.

d'autant plus nécessaire, que souvent ces magistrats n'étaient pas jurisconsultes [2]. Les empereurs durent en faire autant [3] avec d'autant plus de raison que le cercle de leurs attributions était bien plus étendu. Auguste s'était déjà entouré d'un tel conseil, dont les membres, changés de temps en temps, lui aidaient surtout à l'expédition des procès qu'il jugeait lui-même [4].

Les présidents des provinces avaient aussi des conseillers [5], appelés assesseurs sous l'empire : quoique cet usage eût été emprunté à la cour impériale [6], on peut cependant le regarder comme étant d'une date antérieure aux empereurs; seulement, depuis eux, cette institution s'était régularisée et développée par suite de l'imitation. Comme les magistrats n'étaient pas astreints à adopter l'opinion de leurs assesseurs, ils pouvaient les choisir comme bon leur semblait [7]; cette institution était même un moyen pour les jeunes juristes de se former à la pratique des affaires [8]. En tous cas, ces assesseurs, quoiqu'ils n'eussent pas voix délibérative, pouvaient cependant exercer sur les décisions une grande influence [9]. Souvent on vit les empereurs eux-mêmes venir s'asseoir comme assesseurs auprès des magistrats [10].

L'usage adopté par Auguste de s'entourer de conseillers continua à s'observer parmi ses successeurs [11]. Adrien ne fit

[2] Cic. pro Plancio, c. 38, de orat. I, 37.

[3] Haubold de consistorio principum romanorum, sp. I et II. Lips. 1788, 89, dans opusc. acad. ed. Wenck, vol. I. Lips. 1825, p. 187-313.

[4] Dio Cass. LIII, 21; LVI, 28. Suet. Oct. 35.

[5] Tit. D. de officio assessorum (1, 22).

[6] Savigny, l. c. p. 74.

[7] L. 2, D. h. t.

[8] Gell. XII, 13 : « —ex istis—peritis studiosisque juris, quos adhibere in consilium judicaturi soletis. » Van Leeuwen de juris studiosis, dans Oelrichts thes. nov. vol. II, t. 1, p. 339 sq.

[9] Seneca, de anim. tranq. I, 3. Sen. ep. 63. Plin. ep. I, 20. L. 2, D. quod quisque jur. (2, 2). Conf. avec L. 1, D. h. t. et Am. Marc. XXIII, 6.

[10] Suet. Tib. c. 33. Tac. A. I, 75. Suet. Cl. 12.

[11] Dio Cass. LVII, 7. — Suet. Tib. c. 55. — Dio, LX, 4. — Suet. Nero, c. 15.

probablement que donner une organisation plus régulière à leur position, plus de dignité à leurs assemblées [12]. Il avait pour amis les jurisconsultes les plus éminents [13], il était bien naturel qu'il cherchât à profiter de leurs lumières [14]. Ses successeurs l'imitèrent : en tous cas, il est bien certain qu'Antonin le Pieux et Marc-Aurèle consultaient les jurisconsultes pour la plupart de leurs décisions judiciaires [15]. Ainsi on rapporte que les *divins frères* étaient entourés de jurisconsultes dans une discussion qui eut lieu devant eux relativement à une *bonorum possessio* [16], et que Marc-Aurèle, avec la même assistance, dans son *auditorium*, prononça une décision dans une affaire purement privée [17]. C'est ici que l'on trouve pour la première fois l'expression *auditorium* employée pour désigner le conseil de l'empereur ; plus tard aussi, on s'en sert pour indiquer que le prince a rendu des décisions judiciaires [18]. Il paraît qu'on doit regarder comme synonymes de ce mot, *majus auditorium* [19] et *publicum auditorium* [20]. Le nom de *consistorium* ne se rencontre que depuis Dioclétien [21]. Sous les empereurs chrétiens, on ne doit peut-être pas confondre avec le *consistorium*, *l'auditorium*, qui était un conseil purement judiciaire (conf. § 21) ; mais il est très-douteux que ces deux colléges aient existé avant eux [22].

[12] V. M. Ducaurroy, Inst. expliquées, t. 1, p. 22, 6e édition (E.).

[13] Spart. Hadr. c. 8, 18, 22. Dio, LXIX, 7.

[14] Aur. Victor, ep. c. 14.

[15] Capit. Pius, c. 12. Marc. c. 22.

[16] L. 17, pr. D. de jure patron. (37, 14).

[17] L. 22, pr. D. ad St. Treb. (36, 1).

[18] A l'occasion d'une décision rendue sur une *in integr. restitutio*, Ulpien s'exprime ainsi : « In auditorio Sept. Sev. et Ant. Caracallæ, » L. 18, § 1, 2, D. de min. (4, 4).

[19] Paul, L. 54, D. de re jud. (42, 1).

[20] Marcien, L. 1, f. D. ne de statu (40, 15).

[21] Inscr. L. 12, C. de pœn. (9, 47).

[22] Haubold (l. c. sp. I, § 5 sqq. p. 217 sqq.) cherche à établir que depuis Adrien il existait deux colléges de cette espèce ; que cependant on faisait figurer dans l'*auditorium* des membres du collége appelé plus tard *consistorium*, mais qu'il n'y avait pas réciprocité.

Il paraît, au reste, que les empereurs s'entouraient de conseillers divers, suivant la diversité des affaires [23]. Leur nombre variait de 20 jusqu'à 50 [24].

Les préfets, soit de la ville, soit du prétoire, avaient aussi leur *auditorium* : en tous cas, sous les Sévère, le préfet du prétoire en avait un [25]; en effet, puisqu'il avait un *auditorium*, il est assez vraisemblable que ce n'était pas l'*auditorium* de l'empereur [26]. Les audiences pouvaient avoir lieu dans des salles; c'est ce que l'on appela, du moins plus tard, *secretaria*; mais la discussion resta publique et orale [27].

2e SECTION. — Des judices [1].

§ VIII. — *Introduction.*

Du temps de la république au moins il y avait des centumvirs, des décemvirs (*lit. judic.*), des *recuperatores*, des *arbitri* ou un *arbiter*, l'*unus judex*, tous distincts des véritables magistrats. Nous allons nous occuper de ces divers personnages sous le rapport de leur origine, de leur existence, de leur compétence, et en dire ce que les sources nous permettent.

L'une des anciennes actions de la loi, la *judicis postulatio*,

[23] Lamprid. Alex. Sev. c. 14, f., c. 15.

[24] Dio, XVI, 28. Suet. Tib. 55. Lamprid. l. c. c. 16.

[25] L. 40, de R. C. (12, 1). V. § 3, note 34. Ce n'est qu'à l'époque chrétienne qu'on trouve un *auditorium* pour le *præfectus urbi*, v. § 21.

[26] Les mêmes personnes peuvent avoir figuré dans l'un et l'autre auditoire; par exemple, Paul et Ulpien ont pris place dans celui de Papinien et dans celui d'Alexandre Sévère. Lampr. Alex. Sev. c. 26.

[27] Voy. § 21.

[1] Noodt, de jurisd. I, 13. Schalting comm. acad. t. 1, p. 61-67. Jo. Hop. de judicibus a prætore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas dijudicandas dari solitis, L. B. 1729, dans Oelrichs Th. N. vol. 1, t. 2, p. 507-560. (On pourrait traduire ce mot par *juré*, comme cela se fait assez généralement : mais je préfère conserver le nom de *juge*. En effet le *judex* de Rome, dans les actions civiles, examinait la question de droit; or le juré chez nous n'examine que le point de fait. Autant donc traduire le mot *judex* par juge, sauf à avertir qu'on ne doit pas le confondre avec notre juge, qui est un magistrat. E.)

indique que déjà, dans les temps les plus reculés, il y avait des juges. Une ancienne formule est ainsi conçue : « *Judicem arbitrumve postulo uti des* [2], et la loi des XII Tables fait mention du *judex arbiterve* [3] et de trois *arbitri* [4]. Accolait-on un *judex* à un *arbiter?* C'est peu vraisemblable [5] ; il est plus raisonnable de penser qu'il était donné un *judex* ou un *arbiter* d'après la diversité des cas [6]. Au reste, il est certain que, plus tard, la distinction entre le *judex* et l'*arbiter* n'était pas bien précise [7].

Dans le systèmo formulaire [8], le juge était positivement constitué dans la formule écrite, par ces mots qui étaient placés au commencement, *judex esto;* par exemple : « *L. Octavius judex esto* [9]. » Jamais la formule no commençait par : « *Arbiter esto* ; » c'était le contenu de la formule qui désignait au juge s'il devait procéder comme *arbiter* ou comme *judex* (conf. § 60 et suiv.). Quant aux *récupérateurs*, ils étaient toujours dénommés dans la formule, et toujours au pluriel, « *recuperatores sunto* [10]. » Les centumvirs et les décemvirs étaient étrangers au système formulaire : ils étaient permanents, ou du moins leurs fonctions étaient d'une certaine durée, tandis que les *recuperatores*, le *judex* et l'*arbiter* étaient temporaires et nommés seulement pour une certaine affaire. Tant dans le système des actions de la loi que dans celui des formules, il était de principe, que Cicéron attribue

[2] Val. Prob. (P. ou T.) J. A. V. P. U. D.

[3] Gell. XX, 1.

[4] Cic. de leg. I, 21. Fest. v. Vindiciæ.

[5] Voy. Guil. Hübbe, de except. rei judic. Jenæ, 1827, 8, p. 6, note 13. Heffter, ad Gai. p. 13.

[6] Les pasages cités aux notes 2 et 3 peuvent aussi bien s'entendre d'une communauté de principes en ce qui concerne l'institution soit d'un *judex*, soit d'un *arbiter*.

[7] Cic. pro Murena, 12, fin.

[8] La formule J. F. S. A. (*judicium fac, si antequam*), que fait remarquer Hugo, dans son Histoire du droit, p. 625, lig. 13, pourrait bien appartenir aux actions de la loi.

[9] Cic. Verr. II, 12. Gaj. IV, 34, 36, 37, 47.

[10] Gaius, IV, 46.

aux *majores*, que nul ne peut être juge, ou récupérateur ou arbitre, sans le consentement des parties [11]. Ce principe resta en vigueur pendant tout le temps que dura le système formulaire.

§ IX. — *De l'état et des listes des juges.*

La création du tribunal centumviral (*plébéien*) se rattache à l'institution des juges : cette institution pourrait donc être considérée, sous ce rapport, comme étant le résultat des nobles efforts que fit Servius Tullius pour donner aux plébéiens une organisation sociale (conf. § 14). Dans les premiers temps, le juge était patricien, comme le magistrat. Cela est conforme au caractère général de l'époque, et s'induit d'ailleurs de ce que, jusque vers la fin de la république, les juges, tant pour les affaires civiles que pour les affaires criminelles, étaient presque toujours pris dans l'ordre des sénateurs [1]. Mais il n'en était pas de même pour les juges centumviraux, ni pour les récupérateurs [2].

Au reste, le tribunal centumviral ne conserva pas plus sa virginité plébéienne que le sénat sa virginité patricienne ; et l'on put de bonne heure choisir un *judex* parmi les plébéiens. Le sénat resta toutefois longtemps en possession exclusive des *judicia* : peu à peu les *decuriæ judicum* furent composées de chevaliers et de sénateurs, lesquels se disputèrent tour à tour les décuries ; puis enfin les plébéiens s'y introduisirent [3]. Ces

[11] Cic. pro Cluent. c. 43 : « Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. »

[1] Polyb. Hist. VI, 17. Plaut. Rud. III, 4, v. 7 sq.

[2] Ed. Huschke, Analecta litteraria cur. Imm. G. Huschke, Lips. 1826, p. 240.

[3] Plin. Hist. nat. XXXIII, 7. Lorsque les *quæstiones* furent confiées à certains préteurs, les listes des juges furent bouleversées. En effet, les *publica judicia*, auxquels donnaient lieu les *quæstiones*, n'étaient plus des *judicia* de tout le peuple romain. En 631, la loi Sempronia (de C. Gracchus) transporta les *judicia* du sénat aux chevaliers (Vell. Paterc. II, 6. Cic. pro Scauro, et ibid. Asconius. Cic. Brut. 62. App. B. C. I, 22.—Mais voyez aussi Klenze, lex Servilia, cap. VI, note 1). La loi Servilia Cæpionis

décuries ont une ressemblance frappante avec nos listes du jury. Elles étaient dressées chaque année, et affichées au *forum* par le préteur [4], qui jurait de n'y admettre que les gens de bien (*judices selecti et in albo relati*) [5]. Dans l'origine, et quand les juges étaient exclusivement tirés de l'ordre des

restitua les *judicia* aux sénateurs (Cic. Brut. 43, 44, 86, 87, de or. I, 52, Parad. V, 3. De inv. I, 49. Tac. A. XII, 60. Inscr. dans Grut. p. 468, n° 5. Val. Max. VI, 9, § 13). La loi Servilia Glauciæ les rendit aux chevaliers (Cic. Brut. 62 et fr. or. pro Scauro, fragm. leg. Serviliæ, c. 6 et 7). Une loi Livia les attribua de nouveau aux sénateurs (Vell. Pat. II, 13). Mais les lois *Liviæ* furent rapportées en 664 (Cic. de leg. II, 12, fr. or. pro Cornel. et ibid. Asc.). Une loi proposée par le tribun M. Plancius Silanus admit en commun temporairement aux *judicia* le sénat, les chevaliers et même certains plébéiens (Cic. fr. or. pro Corn. et Asc. ib.). Une loi Cornelia de Sylla fit rentrer le sénat en possession exclusive des *judicia* (Tac. A. XI, 22; Cic. pro Cluent. 55, Asc. ad Cic. in Cæcil. pr. et ad c. 3, conf. avec Cic. Verr. I, 13). Mais en 684, une loi *judiciaria* d'Aurelius Cotta rétablit trois décuries de juges, composées, la première de sénateurs, la seconde de chevaliers, et la troisième des tribuns du trésor (Asc. ad Cic. in Pison. c. 39, ad Cic. in Cæcil. c. 3, ad Cic. pro Cornel. sub fin.). Cette loi fut confirmée par les deux lois *judiciariæ* de Pompée, avec quelques changements dans les conditions d'admission (Asc. ad Cic. in Pis. l. c. et arg. or. pro Milon.). Jules César supprima la troisième décurie (Suet. Jul. 41, Dio Cass. XLIII, 25): mais, deux ans après sa mort, elle fut rétablie par Antoine, qui la composa de militaires, sans égard au cens qu'ils payaient (Cic. Phil. I, 8, V, 5). Aux trois décuries qu'il avait trouvées établies, Auguste en ajouta une quatrième, *ex inferiori censu*, composée de *ducenarii*, c'est-à-dire de gens qui n'avaient que deux cents sesterces de fortune (Suet. Oct. c. 32). Caligula ajouta une cinquième décurie (Suet. Calig. c. 16); et ce fut là que s'arrêta le sort des décuries de juges; car Galba refusa d'en établir une sixième (Suet. Galba c. 14 f.). Conf. Cuj. Obss. XXI, 31. Hop. de judicib. p. 529 sq. Jo. Tob. Krebs de judicum rom. decuriis, Lips. 1744, dans opusc. p. 61-108. Klenze l. Serv. p. XIV-XVI.

[4] D'après Cic. pro Cluent. 43, ce fut le préteur urbain, au moins plus tard, qui dressa une liste commune pour les juges des différents *judicia*.

[5] Cic. pro Cluent. 43. Phil. V, 5. Senec. de benef. III, 7, fin. Plin. Hist. nat. præf. Suet. Claud. 16 med. et, pour l'expression *selecti judices*, voyez aussi Hor. Sat. I, 4, v. 123. Ovid. Trist. II, v. 132. Reines, insc. VI, n°s 26 et 113.

sénateurs, leur nombre était de trois cents. Dans la suite, il augmenta beaucoup [6]; du temps d'Auguste, il s'élevait à mille; plus tard, il y en avait plusieurs milliers [7].

Il paraît certain que les juges inscrits sur les listes pouvaient être appelés aussi bien aux affaires civiles qu'aux affaires criminelles [8]. Il est douteux que les récupérateurs, et même les *arbitri*, qui devaient avoir des connaissances spéciales dans un art, fussent choisis sur les listes [9]. Quant aux procès privés, les parties avaient la faculté de choisir pour juge un citoyen même non porté sur les listes [10].

[6] Cic. ad div. VIII, 8. Ad At. VIII, ep. ult. Ascon. ad fr. or. pro Corn. L. Serv. C. 6, 7, Vellei. II, 76. — Voy. aussi Kienze, l. Serv. c. 6, note 3 (p. 21). Tigerstroem de judicib. p. 166 sq.

[7] Plin. H. N. XXXIII, 1 et 2.

[8] Sur cette opinion, qui est admise généralement, conf. Hop. p. 538 sqq. Zepernik ad Siccama de jud. Cent. p. 28 sqq. note e. — Ed. Huschke, in Annal. p. 239. Heffter, ad Gaj. p. 24. Kienze, l. c. p. XVI. Ce qui vient à l'appui de cette opinion, outre les passages cités à la note 1re, c'est qu'il en fut ainsi dans les provinces, qui ne firent qu'imiter ce qui avait lieu à Rome, conf. § 10. Voy. aussi Senec. de benef. III, 7, f. Gell. XIV, 2. Arg. Plin. H. N. præf. Kleuze, pour prouver que les listes, dressées du temps de la république, servaient en même temps pour les *publica* et pour les privata judicia, se fonde sur ce que le *consilium* pour la *causæ probatio*, dont les membres étaient des *judices*, se composait de cinq sénateurs et de cinq chevaliers. L. 16, D. de man. vind. (40, 2). L. 1, C. de vind. (7, 1). Voy. aussi § 17, notes 10 et 11. Dans Suet. Octav. c. 32, on suppose évidemment que les juges des contestations privées étaient pris dans les décuries. Au reste, du temps d'Aulu-Gelle, au moins, il y avait, dans tous les cas, des listes spéciales pour les *privata judicia* : « Quo primum tempore a prætoribus lectus in judices sum, ut judicia, quæ appellantur privata, susciperem (l. c.). » Cela s'explique très-facilement par la circonstance que les *publica judicia* disparurent peu à peu; puis, que du temps de Paul il n'y en avait plus. L. 8, D. de publ. jud. (48, 1); en effet, insensiblement le sénat, l'empereur et les préfets se réservèrent la justice criminelle.

[9] On peut rapporter aux récupérateurs et aux *arbitri* ce que dit Sénèque, l. c. « Non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. »

[10] V. § 10 et Arg. L. 57, D. de re jud. (44, 1). — Au moyen de ces

§ X. — *Choix et nomination des juges.*

Le magistrat, en général celui qui avait *jus dandorum judicum* [1], nommait (*dabat*) un *judex* pour chaque affaire. Cette nomination se faisait dans la formule (§ 8) qui était délivrée par le magistrat à la partie qui l'avait demandée et obtenue : il n'était pas nécessaire que le juge fût présent au moment où il était constitué [2]. Mais le magistrat ne pouvait pas l'imposer aux parties [3]; en général, elles le désignaient elles-mêmes (*sumere*) [4]; sur leur désignation, le magistrat l'investissait du droit de juger (*addicere*) [5]. Le demandeur ordinairement le proposait au défendeur (*judicem ferre*) [6]; il pouvait lui en laisser le choix, mais ce n'était pas prudent [7]. Le magistrat pouvait aussi le proposer [8]; alors les parties pouvaient l'accepter en gardant le silence [9], ou le récuser sans être tenues

modifications, on répond à l'objection que Zepernick tire de ce que, d'après le Digeste, le muet ou le fou ne peut être juge (v. § 12); en effet, cela signifie dans le Digeste, qu'il ne peut pas figurer sur les listes.

[1] L. 12, § 1, 2. L. 81, D. de jud. (5, 1). — L. 12, D. de off. proc. (1, 16). L. 23, § 1, D. de app. (49, 1). L. 1, C. de ped. jud. « Procuratori nostro — dandi judices inter privatas personas non competere facultatem. » — L. Mamilia c. 5, dans Goes. script. rei agr., p. 340. « Ejus magistratus ea de re jurisdictio, judicisque datio, addictio esto. »

[2] L. 39, pr. D. de jud. (5, 1).

[3] V. § 8 in fin. L. 57, de re jud. (42, 1).

[4] Cic. pro Flac. 21, in Verr. III, 13. L. 47, pr. D. fam. erc. (10, 2). L. 21, pr. D. quod vi (43, 24).

[5] L. 39, pr. L. 46, L. 80. D. de judic. L. 4 f. D. de eo quod certo (13, 4). Fr. leg. Mam. à la note 1.

[6] Cic. pro Rosc. C. c. 14 et 15, de orat. II, 70.

[7] Quinct. I, O. V, 6. « Neque optio judicis adversario — permittenda. »

[8] Dans le cas où les parties ne pouvaient s'accorder sur le choix du juge, c'était le sort qui décidait, mais seulement en ce qui concerne les récupérateurs et les juges nommés dans les *publica judicia*. Pour les autres cas, rien ne prouve qu'il en fût ainsi. Plin. H. N. procem. dit bien : « Plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat ; » mais ce passage n'est pas assez précis pour qu'on puisse en conclure que, dans tous les cas où les parties ne pouvaient s'accorder, le sort décidait du juge.

[9] Cic. Verr. II, 12 init.

d'alléguer aucun motif, *recusare*, *rejicere* [10], ou bien encore *ejerare* [11]. Ces mots, et spécialement l'expression *ejero*, *iniquus est* [12], qui ne se rencontre qu'une fois, ne doivent pas faire supposer que les parties employaient, pour cette récusation, une formule solennelle, ou un serment, puisque le choix du juge devait être l'expression libre des parties [13].

Les gouverneurs des provinces y transportèrent les usages suivis à Rome pour la nomination des juges. Ils dressaient des décuries dans les villes où ils devaient exercer leur juridiction, qu'ils composaient d'un certain nombre de citoyens romains qu'ils y trouvaient. Ces décuries étaient appelées *conventus*, signification la plus étendue [14] de cette expression. C'était là que, en règle générale, on prenait les récupérateurs ou le *judex*. En Sicile du moins il en était ainsi [15]. Les parties y eurent aussi le choix ou la récusation des juges. Ce qui prouve que le *conventus* avait été établi dans les provinces pour la *judicum datio*, c'est qu'il disparut avec l'*ordo judiciorum*. Il est incontestable que partout la nomination des juges, telle que nous venons de la décrire, a été maintenue pendant toute la durée du *judiciorum ordo;* en effet, un rescrit d'Adrien qui défend de nommer pour juge, à moins que l'empereur ne l'ait permis, celui qu'une seule partie a désigné [16], prouve que les anciens principes avaient été conservés.

§ XI. — *Du judicium commun à plusieurs.*

On adressait à un seul *judex* toutes les contestations élevées en même temps par un même demandeur contre un même

[10] Cic. Verr. III, 3, 11, 13, 41, 59, 60. Plin. Paneg. 36. Ce qui est dit ici des récupérateurs s'applique naturellement aux juges.

[11] Cic. Phil. XII, 7. Verr. III, 60. Varro de L. L. VI.

[12] Cic. de or. II, 70.

[13] Gesterding, Archiv. f. civ. prax. t. 6, p. 242 et suiv.

[14] Festus, v. « *Conventus* quatuor modis intelligitur — tertio cum a magistratibus judicii causa populus congregaretur. » Conf. Théoph. I, 6, § 4.

[15] Cic. Verr. II, 13. III, 11, 59, 60. Huschke, l. c. p. 246.

[16] L. 47, D. de jud. (5, 1).

défendeur. Celui qui, pour éviter cette cumulation de demandes, voulait intenter ses actions l'une après l'autre, ne le pouvait sous le même préteur; car on lui aurait opposé, lorsqu'il aurait sollicité une action après en avoir déjà obtenu une antérieurement, l'exception *rei residuæ*. De même, si le demandeur n'avait fait valoir qu'une partie de son droit, lorsqu'il voulait faire valoir l'autre partie sous le même préteur, on lui opposait l'exception *litis dividuæ*. C'est du moins ce que nous apprend Gaius, mais Gaius seul [1].

Si un même demandeur voulait attaquer plusieurs défendeurs, ou si plusieurs demandeurs voulaient attaquer plusieurs ou un seul défendeur, le magistrat accordait autant de formules qu'il y avait de demandeurs ou de défendeurs; mais il nommait le même juge. Par conséquent, il n'y avait qu'un seul *judicium*, lequel était commun. Il paraît qu'il en était ainsi du moins quand les causes étaient connexes [2]. Cela avait lieu spécialement en matière de partage, ou même quand des hérédités différentes étaient à partager entre les mêmes personnes, lors même que chaque hérédité n'était pas commune à chacune des parties [3]. Il n'était pas nécessaire pour cela que l'on dût, pour le même procès, arriver à partager entre tous les héritiers même une hérédité [4]; car il pouvait se faire que tous ne fussent pas soumis à la compétence du même magistrat. Conf. § 28 in fine.

D'après des rescrits impériaux, il ne devait y avoir aussi

[1] Gaius, IV, 122, 56.

[2] Quinct. I, O. III, 10. « Privata quoque judicia sæpe unum judicem habere multis et diversis formulis solent : nec aliæ species erunt, etiam si unus a duobus duntaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quod accidere in hereditariis litibus interim scimus, quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi conditio personarum quæstiones variaverit. » Conf. L. 1, § 4, f. D. quod legat. 43, 3, et infra, § 113. — Jo. Aug. Bach de causis conjunctis, dans opusc., n° VII.

[3] Qu. l. c. fin. L. 1, D. de quibus rebus ad eumdem judicem eatur (11, 2). L. 25, § 3-5, fam. ercis. (10, 2). L. 52, § 14, pro socio (17, 2).

[4] L. 2, § 4, fam. ercis. L. 17, C. eod. (3, 36).

qu'un *judex* pour divers cotuteurs actionnés [5]; et lorsqu'un tuteur, invoquant le bénéfice de division, forçait le demandeur qui tentait de l'attaquer seul de diriger sa demande contre tous les cotuteurs, on nommait encore un seul juge [6].

On devait suivre la même règle chaque fois qu'il y avait à craindre une contrariété de sentences : ainsi, d'après un sénatusconsulte, il ne devait y avoir qu'un juge lorsque plusieurs revendiquaient un esclave comme leur étant commun [7]. Si la décision d'une question dépendait d'une autre question, on devait les joindre, ou juger d'abord cette dernière [8]. Un défendeur pouvait bien demander (*denuntiare*) que tous les cointéressés du demandeur vinssent se joindre à la demande [9]; mais il ne pouvait les y contraindre. En général, le défendeur, sous prétexte que d'autres personnes étaient intéressées, soit à la demande, soit à la défense (*litis consortes*), ne pouvait empêcher que l'action fût suivie entre lui et le demandeur seulement, du moment que les autres ne voulaient pas se joindre à sa cause, ou du moment qu'ils pouvaient être amenés au même juge d'une autre manière [10]. D'après ces principes, il n'y avait donc pas de jonction d'affaires communes ni subjectivement ni objectivement, en ce sens qu'on pût obtenir forcément cette jonction, ou que les diverses actions dussent être com-

[5] L. 5, C. arb. tut. (5, 51), où on lit : « Ad eumdem judicem ire debere, *jam pridem constitutum est.* »

[6] L. 2, D. h. t. (11, 2).

[7] L. 8, § 1, 2, de lib. caus. (40, 12). Voyez en outre L. 9, pr. fin. ibid.

[8] L. 23, § 2, de lib. caus. « Si mater et filius de libertate litigant : *aut conjungenda sunt utrorumque judicia aut differenda est causa filii donec de matre constat;* sicut D. quoque Hadrianus decrevit, nam cum apud alium judicem mater litigabat, apud alium autem filius : Augustus dixit, ante de matre constare oportere, sic deinde de filio cognosci. » Voy. aussi § 96.

[9] L. 1, § 6, si cui plus quam per l. Falc. (35, 3).

[10] L. 31, L. 44, de jud. (5, 1). L. 39, § 17, D. de adm. et per. tut. (26, 7). L. 9 pr., § 1 sqq., D. de lib. caus. (40, 12). Voy. en outre L. un. C. Th. de dominio rei, etc. (2, 5), laquelle loi a rétabli le *antiquum jus super consortibus*, qui avait été modifié. Conf. § 29.

prises dans la même formule : cette réunion dans la même formule était abandonnée à la prudence du magistrat, à moins qu'elle ne fût exigée par toutes les parties; alors il devait se rendre à cette exigence, si toutefois la jonction n'était pas impossible. En tous cas, il ne faut pas croire que, dans les cas où il n'y avait qu'un juge pour différentes formules, il n'y avait qu'une sentence [11], ou que les sentences diverses étaient rendues en même temps; mais cela était possible [12].

§ XII. — *Du judiciale munus.*

La nomination rendait juge; celui qui était l'objet de cette nomination ne pouvait en décliner les fonctions; c'était une charge personnelle : être affranchi de cette charge était un privilége, et le privilége ne pouvait être invoqué *post causam actam*, après que le juge avait commencé à prendre connaissance de l'affaire [1]. Déjà, lors de la composition des listes, on pouvait avoir égard à une excuse [2], par exemple à celle fondée sur le *jus liberorum*, qu'autorisait la loi *Julia judiciorum* (*publicorum* ou *pivatorum*).

En tous cas, il fallait être capable d'être juge. Or, l'incapacité pouvait provenir d'une triple cause, *natura*, *lege*, *moribus* [3]. 1° Les cas d'incapacité naturelle se comprennent facilement [4]; ils avaient existé de tout temps [5]. L'*infantia* en fait partie [6]. D'après la loi *Julia judiciaria*, on ne pouvait

[11] L. 10, pr. D. de app. (49, 1).

[12] L. 10, § 3, 4 D. eod. Tit. C. Si plures una sententia condemnati sunt (7, 55).

[1] Ciceron, Phil. V, 5. L. ult. § 14, D. de mun. (50, 4). L. 13, § 2, 3, D. de vacat. (50, 5), L. 6, § 8, f. de exc. (27, 1).

[2] Suet. Octav. 32. Pline parle d'un autre cas, epp. X, 66. — Vat. fr., § 196, 197, 198, Conf. avec L. 1, pr. D. de vacat. et avec Suet. Claud. 15.

[3] L. 12, § 2, de jud. (5, 1).

[4] Tels sont la surdité, le mutisme, la folie et l'impuberté.

[5] Conf. L. 12, § 2, cit. un aveugle pouvait être juge. L. 1, § 5, D. de post. (3, 1). L. 6, de jud. (5, 1).

[6] Conf. L. 2, § 1; de Reg. Jur.

être contraint d'être juge avant vingt ans accomplis [7] : mais il ne faut pas en conclure qu'on ne pouvait l'être avant cet âge, on le pouvait à dix-huit ans ; au dessous de cet âge, le juge ne pouvait rendre une sentence valable, d'après ce que rapporte le jurisconsulte Paul, que s'il avait été choisi sciemment par les parties, ou que s'il était revêtu d'une magistrature [8]. Une autre question à résoudre est celle de savoir à quel âge on pouvait figurer sur les listes. A ce sujet, Suétone [9] nous dit, en parlant d'Auguste : « Judices a tricesimo ætatis anno allegit, i. e. quinquennio maturius quam solebant. » Il n'est pas invraisemblable que *tricesimo* doit être remplacé par *vicesimo ;* mais cette correction n'est pas nécessaire [10]. — 2° Les incapacités légales ont été établies par les *leges judiciorum publicorum* [11]. — 3° Entre les incapacités fondées sur l'usage, il faut placer celles des femmes et des esclaves [12]. Mais la parenté n'était pas une cause d'incapacité ; le père lui-même pouvait être nommé juge de son fils, et réciproquement [13] ; car la partie qui aurait eu à se plaindre d'une telle nomination avait le droit incontestable de récusation.

§ XIII. — *Des juges après leur nomination. — De leur serment. — Du lieu où se faisait le judicium.*

Il paraît que le juge, une fois nommé, devait prêter serment [1]. Souvent c'était un jurisconsulte qu'on nommait juge :

[7] L. 41, de recept. (4, 8).

[8] Voy. L. 57, de re jud. (42, 1), qui par conséquent n'est pas en opposition avec la L. 41 cit. Bynkersh. Obs. VI, 17.

[9] Suet. Octav. 32.

[10] A cause de la L. 41, D. cit. Cujas, Obs. XXI, 32, a proposé cette correction, que les éditeurs ont adoptée ; mais Ernesti a fait la remarque que la 25e année était *ætas legitima* ; c'est ce que fait remarquer aussi Heffter, ad Gai., p. 30. Toutefois voyez Unterholzner dans Tüb. crit. Zeitsch., t. 4, p. 214.

[11] Par exemple, celui qui a été chassé du sénat. (E.)

[12] L. 12, § 2, D. de jud. (5, 1). L. 2, de R. J.

[13] L. 77, de jud. L. 6, de rec. (4, 8).

[1] La preuve de la nécessité du serment ne résulte pas des L. 79, § 1,

Aquilius Gallus le fut. Lorsque le juge était étranger à la science du droit, il avait besoin de recourir à des conseils, comme le magistrat, surtout après la clôture des débats [2]; quelquefois il recourait au magistrat qui l'avait nommé [3]. Mais les *judices* étaient dans l'usage de s'entourer de conseillers pendant les débats; les avocats, dans leurs plaidoiries, s'adressaient aussi bien à ces derniers qu'au juge lui-même. Il en fut ainsi du temps de Cicéron, et pendant toute la période du système formulaire [4]. Le juge et ses conseillers s'asseyaient sur des *subsellia;* car le magistrat seul avait un tribunal [5]. L'opinion que le juge se tenait debout n'a aucun fondement [6]. La loi des XII Tables indique, comme étant le lieu des débats judiciaires, le *forum* ou le *comitium*, voyez § 110: et il en fut ainsi dans la suite, puisqu'il est constant que les avocats plaidaient du haut de la tribune aux harangues: mais il est certain que le magistrat pouvait, lors de l'organisation du *judicium*, indiquer le lieu où le juge remplirait sa mission. En tous cas, il y avait partout des *consueta loca* pour les audiences, lesquelles étaient toujours publiques [7].

de jud. L. 2, D. si ususf. pet. (7, 6), qui parlent de la *judicis religio*, mais du témoignage de Justinien, L. 14, pr. C. de jud. (3, 1), combiné avec Val. Max. XII, 2, § 4. Le passage de Cic. de off. III, 10, pourrait fort bien ne se référer qu'aux *publica judicia*.

[2] Gell. XIV, 2. V. note 4.

[3] L. 79, § 1, D. de jud. (5, 1).

[4] Cic. pro Quinct. c. 1, 2, 6, 10, 17. Pro Rosc. C. c. 8. Pro Cluent. c. 27, 30. Valer. Max. VIII, 2, § 2. Suet. Domit. c. 8. Gell. XII, 13. XIV, 2. — « Amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres, — non sedendum diutius, ac nihil esse dubium quin absolvendus foret, etc. Sed enim ego — nequaquam adduci potui ad absolvendum. Jussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, etc. »

[5] Gell. l. c.

[6] Pour cette opinion, on se fonde sur ce passage de Cicéron, Brut. c. 84: « Adstantem judicem dicant; » mais ce passage n'a pas trait a *judicium privatum*. V. Tigerstroem, p. 175.

[7] L. 59, D. de jud. (5, 1). Arg. L. 21, § 10, 11, de rec (4, 8).

Des Centumvirs [1].

§ XIV.—*De leur origine, et des Décemvirs litibus judicandis* [2].

Du temps de la république et plus tard, on rencontre très-souvent un grand nombre de juges [3], tous, ou en partie [4], réunis sous la direction d'un magistrat romain, pour juger des

[1] Ræyard. protribun. c. 20.—Sibr. Siccama de judicio centumvirali, libri II. Franequ. 1596. Hal. 1725. Recens. animadv. et opusc. auxit C. Fr. Zepernik, Hal. 1776.—Hugo Rg. 10e édit., p. 622, sv. p. 875. Heffter ad. Gai. Obs. IX. Tigerstroem, p. 208-290.

[2] Ræyard. protrib. c. 18, 19. Noodt. de jurisd. I, 12. Hop. l. c. p. 512-516. Zepernick ad Siccama, I, 9 not. a, p. 72-77. Tigerstroem, p. 290-345.

[3] On appelait souvent *juges* les centumvirs; voy. Plin. ep. IV, 16. V. ep. ult. VI, 33. IX, 23. Quinct. I, O. XI, I, n° 78.—L. 10 pr. D. de inof. test. (5, 2). Mais leur *judicium* est considéré comme n'étant pas le même que le *privatum judicium*, par exemple, dans Cic. de or. I, 38 f. 39; les *centumviri* sont opposés au *privatus judex* dans Qu. I; O. V. 10, n° 115. Toutefois il ne faut pas croire que le *judicium* des centumvirs soit synonyme de *publicum judicium*; car voyez à la note suivante, et Graevius animad. ad Siccam. in præf. Thes. T. II, nos 29 et 30, ou dans Siccama ad. Zepern. p. 179 et suiv.

[4] Cic. de or. I, 38.—Cic. or. c. 7 : « aut reum prospere defendere, aut apud Cviros causam aliquam feliciter orare. » L'opposition qui se rencontre dans les passages de la note précédente se réfère à la distinction entre le tribunal centumviral et la juridiction du juge privé; voy. Plin. ep. VI, 33, et Qu. l. c. : « alia apud Cviros alia apud judicem privatum *in iisdem quæstionibus* ratio. » C'est de cette manière qu'on explique l'opposition avec *res privatæ*, qui se trouve dans Ovide, Trist. II, v. 93 et suiv. Mais dans Qu. I, O. IV, I, n° 57, il faut lire ainsi : « quibusdam in judiciis maximeque capitalibus, *et* (ou *ut et*, mais non *ut*) apud Cviros. » Conf. Siccama, I, 7, et Zepernik, ib. note a, p. 54 et suiv. Ce passage, « ne ex Cvirali judicio capitis rei exirent, » qui se trouve dans Qu. ibid., signifie : « pour qu'il n'y ait pas lieu ensuite à un capitale judicium. » V. aussi Plin. ep. I, 5. En général, il ne résulte pas de tous ces passages que le tribunal centumviral ait été aussi un tribunal criminel, opinion que Tigerstroem partage cependant encore, p. 315 et suiv.; on ne doit pas non plus, de Phædr. lib. 3, fab. 10, tirer avec Græv. l. c. et avec Zepernik ad Sicc. I, 6, note f. cette conséquence que le tribunal centumviral pouvait connaître des questions criminelles qui surgissaient des contestations civiles qui lui étaient soumises. Il est certain, en effet, que le tribunal centum-

contestations privées [4]. On les appelait centumvirs. Ces juges, que l'on ne trouve qu'à Rome [5], se distinguaient des récupérateurs, qui aussi jugeaient à plusieurs et en cela différaient de l'*unus judex*, en ce qu'ils n'étaient pas nommés pour une affaire seulement. Il y avait trois centumvirs par tribu, ce qui représente un collége de cent cinq juges pour l'époque où il y avait trente-cinq tribus; leur nom venait de ce nombre, que l'on avait arrondi pour leur dénomination [7]. La dénomination de centumvirs ne tire donc pas de la loi son

viral ne pouvait connaître, dans l'espèce de Phèdre, que de la succession; s'il y avait un crime qui se rattachait à cette question, il fallait qu'il fût jugé par un autre tribunal : or le but du poëte n'était pas de mettre en relief cette particularité.

[5] Il fallait toujours qu'il y eût plusieurs centumvirs. Voy. Cic. de or. I, 39 in Rull. II, 17. Val. Max. VII, 7, 2.

[6] Varro de re rust. II, 1. Phædr. l. c.

[7] Le passage de Festus, v. centumviralia, le seul document à ce sujet, porte cela, mais rien de plus. Cependant l'opinion, généralement admise jusqu'ici, que le tribunal centumviral n'a été établi qu'en 512, année dans laquelle le nombre des tribus s'est élevé à 35, ou au plus tôt quelque temps avant cette époque, n'est fondée que sur ce passage. Souvent on a soutenu qu'on devait attribuer l'établissement du tribunal centumviral à la loi Æbutia; Heffter (ad Gai Obs. VII) semble partager cette seconde opinion; mais elle a été victorieusement combattue, d'abord par Bethmann-Holweg dans Zeitsch. für gesch. Rw. t, 5, p. 360, et ensuite par Unterholzner, dans Tüb. cr. Zeitsch. t. 4, p. 211 et suiv.

L'organisation des tribus remonte à l'origine des Romains. Il y avait trois tribus. Cette division avait été faite pour le service militaire; Romulus en est regardé comme l'auteur. Dion. Hal. IV, 14. L. X, 6, *tres antiquæ tribus*, *Ramnes*, *Titienses*, *Luceres*. Servius, sans lui donner une nouvelle destination, changea cette division : la nouvelle division fut faite d'après les habitations; alors le nombre des tribus fut considérablement augmenté. Denys d'Halycarnasse varie par rapport à leur nombre (IV, 14 et 15.—Voy. d'Arnaud, variæ conjecturæ, II, 8.). Dans la suite il fut porté jusqu'à 35, vraisemblablement dans l'année 378 (Liv. VI, 5. V. d'Arnaud, l. c.). Cette organisation peut être regardée comme définitive, car les huit ou dix nouvelles tribus qu'on ajouta après la guerre sociale furent bientôt après réparties sur les autres tribus, de manière que Cicéron et Tite-Live ne parlent jamais que de 35 tribus. (Sigon. de jure Italiæ, III, 1.) Voyez d'autres détails sur les tribus dans M. Niebuhr, t. 2, p. 152 et suiv. (E.)

origine, mais de l'usage qui s'était introduit de les appeler ainsi. D'où la conséquence que leur existence peut fort bien remonter à l'époque où il n'y avait que trente et une tribus à Rome [8], et même à l'époque de Servilius Tullius, lorsque les tribus étaient au nombre de trente [9] : la dénomination des centumvirs, dans cette hypothèse dernière, ne serait venue que plus tard. En tous cas, il paraît que c'est dans les *judices* qu'aurait établis Servius pour les procès privés [10], qu'il faut aller chercher le berceau du tribunal centumviral dont l'organisation est postérieure [11] ; il aurait donc une origine plébéienne. S'il en était autrement, que serait-ce donc que ces *judices* de Servius ? Que serait-ce encore que ces *judices* que la loi Horatia, rendue peu après la loi des XII Tables, aurait entourés d'une protection spéciale, outre les magistrats plébéiens [12] ? La circonstance qu'on les choisissait dans les tribus, le symbole de la lance appelée *quiris*, mot sabin d'où est dérivée l'expression de Quirites [13], les objets de leur compétence, tout cela

[8] Heffter ad Gai. p. 22.

[9] Niebuhr (Golbéry), t. 1, p. 414 et surtout t. 2, p. 152 et suiv.

[10] Dion. IV, 25.

[11] Niebuhr, t. 2, p. 169, partage cette idée : il cite à ce sujet Ant. Augustin comme ayant déjà présenté cette donnée.

[12] Liv. III, 55, « ut, qui tribunis plebis, ædilibus, *judicibus*, *decemviris* nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset, etc. » Il est impossible que par *judices* on entende les consuls, puisque alors ils étaient patriciens : en cela, Heffter, ad Gai. p. 6, s'est grossièrement trompé. Bien plus, Tite-Live combat l'opinion de ceux qui pensaient seulement que l'expression *judices* pouvait *aussi* s'entendre des consuls (« fuere, qui interpretarentur eadem hac Horatia lege consulibus quoque et prætoribus —cantum esse, judicem enim consulem appellari. ») Il est peu croyable que, du temps de Tite-Live, on ait oublié le sens du mot *judices* ; il ne pouvait y avoir de contestation que sur la question de savoir s'il ne devait pas aussi s'appliquer à des patriciens : c'était une prétention que l'orgueil aristocratique pouvait facilement inspirer, mais qui n'était qu'une prétention. Quant à la question de savoir si par *judices* on devait entendre les centumvirs, elle était hors de toute controverse. Sur les anciennes opinions, voy. Drakenborch, ad. Liv. l. c. et Bach, h. j. p. 134 et suiv.

[13] Fest. v. Curis. Plut. qu. Rom. c. 87 ; Ovid. Fast. p. 477 et suiv.

révèle une origine fort ancienne. Il ne faudrait pas cependant tirer de cette idée des conséquences trop rigoureuses, et prétendre que ce tribunal est toujours resté exclusivement plébéien. Il est même évident que, lorsque toute différence entre les plébéiens et les patriciens fut effacée, le tribunal des centumvirs devint un tribunal national; en effet, les trente-cinq tribus renfermaient toute la nation [14] : le nombre de ses membres dépassa même, plus tard, de beaucoup celui de cent cinq; il s'éleva jusqu'à cent quatre-vingts [15].

Ce fut Auguste qui décida *« ut centumviralem hastam — decemviri cogerent* [16]. Ces décemvirs sont appelés *decemviri litibus* (*stlitibus* [17]) *judicandis*. Pomponius les appelle magistrats qui président à la lance (*hasta*) [18] : Cicéron les désignait déjà de la même manière [19] ; ce qui indique qu'ils remplissaient des fonctions judiciaires, et cela est certain pour le temps où vivait Cicéron [20] ; mais il reste toujours douteux si déjà à cette époque c'étaient des magistrats [21], comme ils le furent, à ce qu'il paraît, sous Auguste [22]. Ce qui est hors de controverse, c'est qu'on ne doit pas les confondre avec le *consilium manu-*

[14] Cic. Phil. VI, 5; in Rull. I, 7; in Verr. I, 5. Liv. XLV, 15 : « Omnibus XXXV tribubus emovere — i. e. civitatem libertatemque eripere. »

[15] Plin. ep. VI, 33.

[16] Suet. Octav. c. 36. — Conf. Plin., ep. V, ep. ult. : « sedebant judices, decemviri venerant. » Dio Cass. LIV, 26.

[17] On trouve *stlitibus* dans les inscriptions; conf. Ritter ad Heinec. hist. jur. I, 58.

[18] L. 2, § 29, D. de O. J. Zepernik ad Sicc. p. 72 et suiv. et Heffter ad Gai. p. 10 et suiv. pensent que ce texte de Pomponius mérite peu de confiance sous tous les rapports.

[19] Cic. or. c. 46.

[20] Cic. pro Cæcin. 33, pro domo, 29, in fin. nous apprend qu'ils jugeaient au moins les questions de liberté. On trouve aussi *judicium decemvirum* dans Varro, L. L. VIII, 49.

[21] Cic. de leg. III, 3, dit de *minores magistratus :* « Lites contractas judicanto. »

[22] Arg. Ovid. Fast. IV, v. 383. Spart. Hadr. c. 2, L. 2, § 29, cit. V. Hop. p. 513 et suiv. Zepernik, l. c.

missionis causa [23], puisque ce *consilium* n'avait jamais à s'occuper de litiges. Au reste, la plus grande obscurité est répandue sur l'origine et le but précis [24] de l'institution de ces décemvirs. Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'avant Auguste ils avaient quelque rapport avec le tribunal centumviral [25], et que ceux que la loi Horatia protégeait, comme les *judices*, étaient probablement les mêmes que les décemvirs d'Auguste [26]. Quant à l'opinion qu'ils étaient une continuation de l'ancien décemvirat, elle n'est pas digne d'être examinée [27].

§ XV. — *Organisation du tribunal centumviral.*

Les renseignements que nous possédons sur l'organisation du tribunal centumviral nous le représentent surtout à l'époque des empereurs. Il est d'autant moins croyable que ce tribunal ait existé du temps de la république tel que nous le voyons alors, qu'Auguste le modifia positivement, du moins en attribuant aux décemvirs la mission de le diriger, mission qui auparavant appartenait aux exquesteurs [1]. Toutefois, comme cette modification ne touchait qu'au per-

[23] Rævard. l. c. Noodt, l. c. Schulting. ad Ulp. 1, 3, et Zepern. l. c.

[24] Tigerstroem, en confondant ces décemvirs avec ceux qne mentionne Cicéron dans ses discours *de lege agraria*, aboutit à de singuliers résultats. Il pense que c'étaient des magistrats chargés du partage des terres et des ventes aux enchères et d'autres affaires semblables; qu'ils pouvaient procéder à certains *judicia*, spécialement lorsqu'ils intéressaient l'État, et enfin juger dans toutes les affaires qui étaient du ressort du tribunal centumviral.

[25] Zepern. l. c. note g, p. 69, et Hollweg, p. 373.

[26] V. Hugo Rg. 4e éd. § 118, p. 159. Heideb. Jahrb. der Philolog. 1810, p. 26. Lœhr, Heid. Jahrb. der Jurispr. 1810, p. 101—Heffter ad Gai. p. 9. Stockmann sur Bach, p. 134, et plusieurs commentateurs de Tite-Live confondaient les décemvirs dont nous nous occupons avec les décemvirs *legibus scribundis*. Drakenborch déjà, mis sur la voie par Ant. Augustin, avait combattu cette opinion erronée : mais il ne s'appuyait que sur Festus, v. Centumviralia, et sur la L. 2, § 29, D. O. J. Quant aux passages de Tite-Live, il avoue ne pouvoir les expliquer.

[27] Voyez Heffter, obs. 3.

[1] Suet. Octav. 36.

sonnel, et comme, dans les passages où cette modification est exposée, on n'aurait pu taire d'autres réformes importantes, si elles avaient eu lieu réellement, il faut admettre qu'Auguste ne porta aucune atteinte à la nature même de ce tribunal. Il est seulement à remarquer que Cicéron ne parla point devant les centumvirs, qu'il en fut de même des autres grands orateurs ; sous Auguste, Asinius Pollio seul est signalé comme ayant prononcé des discours devant eux ; tandis que plus tard les causes centumvirales, qui autrefois pâlissaient devant l'éclat des autres causes, par exemple, des *publica judicia*, occupèrent le premier rang [1]. Au reste, il est probable que la loi Æbutia eut plus d'influence sur l'organisation de ce tribunal qu'une des lois Juliæ. Du temps de Cicéron [2] déjà il était divisé en plusieurs sections appelées, plus tard du moins, *consilia*, *tribunalia* [4]. Dans chaque section la décision était prise à la majorité [5]. On ne voit pas bien si les diverses

[1] Tel est le sens du dialogue *de orat.* c. 38 ; conf. Zepernick, l. c. note f. p. 67 et suiv. Ce changement s'explique par la chute de la république et la puissance toujours croissante du despotisme. Mais on ne nie pas que, parmi les affaires civiles portées devant les centumvirs, il n'y en ait eu de fort importantes : car voyez Cic. pro Cæc. c. 18, f. c. 24, et de orat. I, 38 ; II, 23.—L'opinion erronée de Tigerstroem (p. 237 et suiv.) consiste à dire que les centumvirs, n'ayant aucune connaissance du droit, n'avaient pas pour mission principale de rendre la justice, qu'ils ne la rendaient que dans des affaires insignifiantes ; qu'en effet, le passage de Quinct. I. O. IV, 1, n° 57, prouverait qu'ils ne voulaient être qu'amusés ; que Pline (II, ep. 14) dit qu'on n'allait devant les centumvirs que pour s'exercer à la plaidoirie, et qu'il renonce à plaider devant eux, où l'on est sans cesse troublé par les cris et le bruit. Il pense donc que l'occupation principale des centumvirs consistait à présider aux enchères publiques, à la location de *l'ager publicus*, et à d'autres choses analogues, précisément à cause de la *hasta* qui était plantée devant leur tribunal.

[3] Cicéron, en effet, de orat. I, 38 f. et 57, mentionne le cas d'un militaire prétérit par son père, et qui a gagné son procès « omnibus non solum consiliis sed et sententiis. » V. Val. Max. l. c.

[4] Elles sont appelées *consilia* dans Val. Max. VII, 7 et 1, et dans Pline, ep. VI, 33. Elles ont le nom de *tribunalia* dans la L. 76, pr. D. de leg. 2 (31), et dans Quinct., I. O. XII, 5 sub f.

[5] Valer. Max. l. c. Quant à l'égalité de suffrages, voy. L. 10, pr. D.

sections ou colléges ne devaient pas se réunir ensuite [6] pour porter une décision définitive, ou si chaque section jugeait séparément avec l'autorité du collége entier : cette dernière manière de voir est la plus plausible [7]. Toutefois, une même contestation pouvait occuper plusieurs colléges, lorsqu'elle se subdivisait en plusieurs questions, par exemple la querelle d'inofficiosité, lorsque plusieurs héritiers testamentaires étaient attaqués [8]. Mais, tout en admettant que les sections délibé-

de inoff. test. Cette loi cependant s'entend le plus souvent du cas où deux sections des centumvirs seraient d'un avis, et les deux autres d'un avis contraire : c'est ainsi que l'entendent Ræward, l. c. c. 20, Siccama, p. 107, et Heffter ad Gai. p. 37. Mais la suite prouve que nous ne partageons pas cette opinion.

[6] Tigerstroem, p. 223 et Heffter, dans le rh. Mus. f. jur. II, 1, p. 113.

[7] Ainsi divers objets pouvaient être examinés en même temps par les diverses sections. Plin. op. II, 14.

[8] Dans l'hypothèse de Valère Maxime, l. c. l'action avait été dirigée contre plusieurs héritiers ; le sens de ses expressions est donc : « Le demandeur a gagné son procès non-seulement dans chaque section, c'est-à-dire contre chaque défendeur, mais même il l'a gagné partout à l'unanimité (en obtenant tous les *vota*). » Dans l'espèce de Pline, VI, ep. 33, la querelle d'inofficiosité avait été intentée contre plusieurs *scripti hæredes*, et par conséquent elle ne l'avait pas été seulement contre la belle-mère et le *subscrinus* (comme Heffter en a fait la remarque contre l'opinion de Cujas, obs. X, 20). Ainsi le demandeur n'avait obtenu gain de cause que contre ces deux adversaires, par conséquent seulement dans deux sections. De même la L. 76 de leg. 2 ne suppose qu'une victoire partielle, qui n'a pas été obtenue devant toutes les sections.—De cette manière, on peut répondre à toutes les difficultés imaginées par Heffter (l. c. p. 114 et suiv.); car « jamais toutes les sections n'auront été amenées à prononcer contre un seul défendeur. » De ce que des décisions contraires pouvaient résulter de cette combinaison, il n'y a rien là qui doive étonner ; car, d'après notre opinion, cela a pu être : par exemple, il a pu se faire que « uno judicio liber, altero servus judicatus est. » L. 30, D. de lib. caus. 40, 12. En outre, « circa inofficiosi querelam *evenire plerumque assolet*, ut in una atque eadem causa, diversæ sententiæ proferantur. » V. L. 24, D. de inoffic. test. (5, 2) ; conf. aussi L. 15, § 2, D. eod. L. 29, pr. f. de exc. rei jud. (44, 2). L. 13, C. de inoff. test. (3, 28). Au reste, la L. 30, cit. plus haut, d'après laquelle les *judices* doivent se réunir, ne se trouve pas contredite par la décision de la loi Petronia et de D. Pius, qui veut que, dans le *liberale judicium*, l'égalité de voix s'interprète

rassent séparément, chacune sur une question, il paraît certain que la cause n'était plaidée qu'une seule fois, et en présence de tous les juges [9]. Toutes les sections réunies jugeaient-elles quelquefois en un seul collége? C'est ce que l'on ne peut affirmer. Tout ce que nous savons positivement, c'est que les centumvirs n'étaient divisés qu'en quatre sections [10], et que le *judicium centumvirale* est quelquefois appelé *judicium quadruplex* [11]. On ignore aussi combien il fallait de membres présents à chaque collége; l'expression *septemvirale judicium* [12] pourrait faire croire qu'il en fallait sept. Les *duplicia centumviralia judicia*, ou les *duæ hastæ*, indiquent deux sections devant chacune desquelles devait être discutée séparément et successivement une *causa liberalis* qui, comme on le sait, était jugée deux fois [13] (v. § 66). Une *hasta*, symbole de la propriété romaine, était plantée devant les centumvirs réunis pour juger, comme lorsqu'on procédait aux enchères publiques [14] : de là le nom de *hastæ judicium* donné aussi au *centumvirale judicium* [15].

en faveur de la liberté; L. 24, D. de manum. (40, 1), L. 38, de re jud. (42, 1). Car ces dispositions supposent qu'une seule et même question a été traitée entre les mêmes parties, ce qui est différent de questions donnant lieu à divers procès. Conf. Bach, opusc. p. 284-290.

[9] Plin. ep. VI, 33.

[10] Qu. I, O. XII, 5: «—Quatuor judicia ut moris est, cogerentur.» — «Laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini.» Conf. Plin. l. c.

[11] Plin. ep. I, 18. IV, 24.

[12] Voy. les intitulés des L. L. 7, 28, et 31 D. de inoff. test. Ge. H. Ayrer de judicio roman. septemvirali, Gott. 1757, à la suite de Sicc. ed. Zepern. p. 184 et suiv. L'opinion qu'admettent ordinairement ceux qui regardent cette leçon comme exacte, est que, dans certains cas, on choisissait sept centumvirs, et que ce nombre est précisément celui auquel Vespasien, d'après Suétone, Vesp. 10, a réduit les centumvirs.

[13] Quinct. I. O. XI, 1, n° 78: «—Et assertione secunda (conf. § 66) et partibus centumviralium, quæ in duas hastas divisæ sunt.» (Ce passage n'est que copié dans Aur. Vict. Ars. reht. ed. Mai VI, 8.) Qu. V, 2.

[14] Gai. IV, 16, f. L'ancienne opinion, qui veut que la *hasta* soit le symbole de la juridiction, est sans fondement. V. Haubold, orat. de hastæ in jure rom. usu symbolico (1821), dans opusc. acad. ed. Wenck. p. 695 et suiv.

[15] Confer. Suet. Oct. 36. Mart. VII, ep. 63, v. 7. Statius, Silv. lib. IV

§ XVI. — *Procédure devant le tribunal centumviral.* — *Chute de ce tribunal.*

C'était au Forum [1] que siégeaient les centumvirs, et, sous les empereurs, dans une basilique [2]. Pline le jeune [3], qui plaida si souvent devant ce tribunal, et en présence d'un nombreux auditoire, nous apprend qu'il était présidé par un préteur [4]. Les exquesteurs avant Auguste, et depuis cet empereur les décemvirs, distribués probablement dans les quatre colléges, étaient chargés de la direction matérielle des audiences (*cogere*) [5], de recueillir les voix, et d'autres choses analogues [6]. L'expression *subscribere cum adversario* [7], qui se réfère spécialement à la procédure criminelle, et qui est employée aussi par rapport au tribunal centumviral, peut signifier seulement une espèce de placet indiquant aux centumvirs le nom de l'adversaire que voulait attaquer le demandeur, ou bien plutôt le dernier acte de la procédure qui avait eu lieu devant le magistrat, après les formalités de l'action de la loi (*v.* § 36), et qui servait à introduire le procès devant les *judices*. Ensuite venaient les débats, et surtout les plaidoiries des avocats [8], qui pouvaient aussi s'adresser publiquement des

ecl. 4, v. 43. L. 2, § 29 D. de orig. jur. Val. Max. VII, 8, § 1 et 4. Lucan. ad Pison. V, 41.—Siccama, II, 3.—Hollweg dans Zeitsch. t. 5, p. 375 et suiv.

[1] Cic. de or. I, 38, pro Cæcin. 18.

[2] Qu. I. O. XII, 5. Mart. Epig. VI, ep. 38, v. 5, 6. Plin. ep. V, ult. VII, 3. II, 14.

[3] Plin. V, ep. 21 : « Prætor qui centumviralibus præsidebat. » V. aussi § 36.

[4] Voy. encore Plin. I, 5, 18. IV, 16. IX, 23 init.

[5] Voy. § 15, et, sur le mot *cogere*, Val. Max. VIII, 3, n° 1.

[6] Siccama I, 11. Zepern. ib. not. m, p. 97.

[7] Plin. V, 1. Il y a diverses opinions à ce sujet. Voy. Sicc. avec Zepern., p. 139 et suiv. Heffter Inst., p. 381 et suiv.

[8] Paul V, 16, § 2. Senec. controv. lib. 3, præf. Dial. de orat., c. 6. — Pline (IX, ep. 23) se vante d'avoir souvent excité l'admiration des centumvirs. « Frequenter agenti mihi evenit ut centumviri, cum diu se intra judicum auctoritatem gravitatemque tenuissent, omnes repente quasi victi coactique consurgerent laudarentque. »

questions [9]. Les débats, une fois commencés, ne pouvaient être renvoyés à un autre jour [10]. Rien de plus ne nous est parvenu sur la manière de procéder devant les centumvirs.

Justinien nous parle de la *magnitudo* et de l'*auctoritas* du tribunal centumviral [11]; mais il ne faut pas conclure de là qu'il existait encore de son temps [12]. Toutefois le prétérit employé par Justinien ne suffirait pas tout seul pour faire décider que ce tribunal n'avait plus alors d'existence. Il est bien certain que ce tribunal, sur lequel Paul a écrit un *liber singularis*, n'avait pas disparu quelques années avant Dioclétien; mais il est très-probable qu'il dut sa chute aux réformes de Constantin, et qu'il fut surtout contraint de céder à l'influence des préfets et de leur *auditorium*. D'ailleurs, sous les empereurs chrétiens, nous ne trouvons plus de traces ni des centumvirs ni des décemvirs [13].

§ XVII. — *Des Récupérateurs* [1].

La dénomination de récupérateurs indique déjà des juges d'une espèce particulière. L'*unus judex* ne pouvait être donné que pour les procès entre citoyens romains; mais quand les rapports entre les Romains et les pérégrins furent devenus fréquents, le droit de chacun restant cependant distinct, il fallut bien établir des juges pour terminer les différends entre les uns et les autres : ils reçurent le nom de récupérateurs.

[9] Plin. ep. I, 5.

[10] Plin. I, ep. 18 f.

[11] L. ult. init. C. de pet. hered. (3, 31).

[12] De ce que Justinien fait encore si souvent mention des centumvirs, de ce que, sous cet empereur, il y avait encore des enchères publiques, et du titre au Code *de jure ac fide hastæ*, Tigerstroem conclut que du temps de Justinien il y avait encore un tribunal centumviral.

[13] On trouve encore dans Hyerony. lib. 2, ep. ad Domn. *hereditariæ vel centumvirales causæ :* mais cela tient à l'usage dans lequel on était d'appeler causes centumvirales les questions relatives aux hérédités.

[1] Zepernik ad Sicc. I, 10, note c, p. 87 sv. — C. G. L. Heimbach ad Ælii Galli de verb. sign. frta. Lips. 1823, p. 63 sv. — Tigerstroem, p. 183-191. — Voy. surtout Ed. Huschke ad Cic. pro Tullio Exc. II, dans Analecta, p. 208-253. — Hugo Rg., 10e édit., p. 625 sv.

Dans les traités d'alliance entre les Romains et les nations étrangères, il était stipulé expressément qu'il y aurait à Rome un tribunal pour vider les contestations privées entre les Romains et les étrangers [2]; les membres de ce tribunal s'appelaient récupérateurs [3]. Comme le mot l'indique, et comme les circonstances l'exigeaient d'ailleurs, leur mission n'était pas absolument la même que celle des juges romains; ils devaient veiller aux indemnités, aux réparations, à l'exécution des obligations [4]. C'était l'instruction rédigée par le magistrat qui leur servait de règle : elle donnait tantôt à des pérégrins la mission d'appliquer le droit romain, tantôt à des Romains la mission d'appliquer le droit étranger [5]. Dans la suite, l'institution des récupérateurs fut étendue aux différends entre citoyens romains, à l'instar de ce qui avait été établi à l'égard des pérégrins; de façon qu'on donnait tantôt des récupérateurs, tantôt un seul juge, suivant les circonstances [6]. Quand

[2] Il en fut ainsi dans le traité des Latins, de 261, d'après Dion. VI, 95, « ut privatarum rerum judicationes intra decimum diem fierent. » Et même le jugement devait avoir lieu chez le peuple où l'engagement avait été formé : ainsi les juges devaient être pris dans ce peuple, et le jugement devait être rendu conformément au droit qui le régissait. Voy. Huschke, p. 211-215.

[3] Festus, v. reciperatio.

[4] Huschke, p. 215.

[5] Conf. plus loin la note 15, et arg. de Cic. Verr. II, 13. Huschke, p. 217 et suiv. Voy. dans Tite-Live, XLIII, 2, un exemple de *judicium recuperatorium*, à l'occasion d'une plainte portée par des envoyés espagnols, pour cause de concussion, cause qui alors était traitée comme affaire civile.

[6] Conf. § 34. — Schrader dans Heid. Jahrb. v. 1823, p. 959. Heffter ad Gai., p. 100 et suiv. Heffter, Inst., p. 52, a déjà fait remarquer que les récupérateurs ont été établis à Rome pour les citoyens romains, à l'instar de ceux établis pour les pérégrins. L'ancienne opinion, d'après laquelle les récupérateurs auraient, dans les provinces, exercé les mêmes fonctions que les centumvirs à Rome, n'a d'autre fondement que la confusion que l'on a faite des vingt récupérateurs qui composaient le conseil *manumissionis causa*, et du rôle qu'ils jouaient dans la manumission, avec le pouvoir qu'avaient les centumvirs dans le jugement des *causæ liberales*. Voy. contre cette opinion Hug. Rg., p. 626. Au

donnait-on des récupérateurs entre les Romains seulement? quand un seul juge? C'est ce que nous verrons plus loin, § 37. Dans les *judicia recuperatoria*, le procès avait une marche plus rapide [7]; ce qui explique encore l'origine de ces *judicia*; car il était bien équitable [8] d'expédier au plus vite des procès intéressant des pérégrins venus de pays souvent fort éloignés. Le *fœdus latinum* voulait qu'un tel procès ne durât que dix jours (note 2). La célérité exigée pour l'expédition de ces affaires doit nécessairement faire supposer que les récupérateurs étaient nommés par les magistrats, sans observation de délais même légaux et sans tour de rôle, par conséquent *extra ordinem* [9], c'est-à-dire sur-le-champ et en dehors des listes des *selecti* [10] : en effet, les juges ordinaires, occupés de beaucoup d'autres affaires, auraient été souvent dans la nécessité de faire éprouver aux justiciables des lenteurs. Ce qui est bien certain, c'est que les pérégrins ne pouvaient figurer dans les décuries des juges, et que cependant ils pouvaient être récupérateurs. Aussi on n'appelait *judices* que les juges inscrits sur les listes, tandis que tous les juges

reste, Tigerstroem pense que les récupérateurs étaient des hommes presque étrangers à la science du droit, qui n'étaient nommés que pour des affaires très-simples, mais dont l'issue exigeait une certaine autorité.

[7] Cic. pro Tullio, c. 10, ed. H..... « et recuperatores dare, ut quam primum res judicaretur. » Voy. aussi ibid. c. 41. Val. Prob. not. (ed. Goth. p. 1477) : « Q. E. R. E. etc., c'est-à-dire, quanti ea res erit, » tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat » decem denuntiandi potestatem faciam. » Cic. Div. c. 17 : « .... judi- » cium dat statim... judicant recuperatores... » Gai. IV, 185 : « ... recu- » peratoribus suppositis, ut qui non steterit *protinus* a recuperatoribus... » condemnetur. » Haubold dans Zeitsch. f. g. Rw. t. 3, p. 383. Hug. Rg. p. 626. Heffter ad Gai. p. 102. Huschke, p. 221.

[8] Senec. ep. 106 : « Dubitavi, utrum differrem te, au donec suus isti rei veniret locus, jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius visum est, tam longe venientem non detinere. » Conf. § 128. Huschke, p. 237.

[9] Senec. l. c; Huschke, p. 238.

[10] Plin. ep. III, 20 : « Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus. » Liv. XXVI, 48.

des provinces se nommaient récupérateurs [11] : ainsi encore on donnait le nom de *judices* aux cinq sénateurs et aux cinq chevaliers du conseil *manumissionnis causa* à Rome, quoiqu'ils n'eussent rien à juger [12]; et, dans les provinces, les membres de ce même conseil avaient le nom de récupérateurs. On les appelait aussi récupérateurs pérégrins [13], non pour dire qu'ils étaient pérégrins, mais dans le même sens qu'on disait préteur pérégrin. En outre, c'est peut-être dans les provinces d'abord [14] que le magistrat enjoignit au juge de juger dans un certain délai [15], indépendamment de l'obligation où il était déjà de prononcer sa sentence pendant la durée des fonctions du magistrat qui l'avait institué (dans les provinces, il ne pouvait y avoir que des *judicia imperio continentia*, *v.* §§ 34, 128). Ce n'est aussi qu'aux récupérateurs qu'on a enjoint de n'admettre qu'un certain nombre de témoins [16]. Au reste, leurs fonctions étaient les mêmes que celles d'un autre *judex* [17]. Ils étaient toujours plusieurs [18] pour juger une affaire, ordi-

[11] Apulei de mundo sub fin. Voy. Huschke, p. 241-243.

[12] V. § 9, note 8.

[13] V. Théoph. I, 6, § 4.

[14] Huschke, p. 243.

[15] L. 2, § 2. L. 32, D. de jud. (5, 1).

[16] De même que dans le passage de Val. Prob. de la note 7 supra, de même aussi nous lisons dans la l. Mamilia, c. 5 : « ... Testibus publice duntaxat x denuntiandi potestatem facito. »

[17] On plaidait devant les récupérateurs avec autant de développement que devant le *judex* : ils pouvaient ordonner *causam ampliari*. Cic. pro Tullio, c. 1, pro Cæcin. c. 4. Liv. XLIII, 2. Arg. Cic. pro Flacco, c. 20 : « Recuperatores — rem minime dubiam *prima actione* judicaverunt. »

[18] La formule comprenait cette expression : « Recuperatores sunto, » v. 8; tandis que pour le juge, il y avait toujours *judex esto*. Gai. IV, 104, 105, 109. *Recuperatores* est au pluriel, et l'on trouve *judex* au singulier. Ces deux expressions sont placées l'une à côté de l'autre dans Cic. Verr. III, 58, *f.* Gai. IV, 141. Fragm. leg. Thoriæ, Sect. 1, v. 34. Sect. 2, v. 22. Dans ses discours pro Cæcina et pro Tullio, Cicéron s'adresse toujours aux *recuperatores*. Pro Cæcin. c. 1, 2, 4, 9, 11, 12, 15, 25, 27, 29-32, 35. Pro Tull. 1, 5, 12. On trouve bien *recuperator* au singulier, dans Cicéron pro Cæcin. c. 3 et 21, in Verr. III, 11, 29, 49, 60. Dans Lactant. Inst. III, 20. Dans la l. Thor. S. 2, v. 26. Mais

nairement trois. Comme ils avaient à juger entre citoyens et pérégrins, l'impartialité exigeait [19] que chacune des parties pût proposer le juge de son choix ; le troisième était ajouté par le magistrat [20]. Quand les deux parties [21] s'accordaient sur les personnes qui devaient décider leur litige, le magistrat les leur accordait en qualité de récupérateurs, de la même manière qu'il accordait le *judex* [22]. On rencontre, en effet, dans la Sicile du moins, deux manières d'instituer les récupérateurs, par *rejicere* et par *sumere*. Ils étaient institués par *rejicere*, c'est-à-dire par voie de récusation, lorsque les parties récusaient un certain nombre des personnes portées sur une liste présentée par le magistrat ; par *sumere*, par voie d'élection, lorsque les parties s'accordant sur le récupérateur de chacune d'entre elles, le magistrat ajoutait le troisième [23], et les adjugeait tous trois. S'il est vrai qu'à Rome le *sumere recuperatores*, qui était en usage de tout temps, est devenu la voie la plus habituelle de constituer les récupérateurs, il est cependant certain aussi que quelquefois ils étaient nommés par récusation [24]. La sentence des récupérateurs avait la même valeur que celle prononcée par un *judex* [25]. Ils n'ont

cette expression suppose qu'il n'est question que de l'un des récupérateurs, ainsi que l'a déjà fait remarquer Herald, obs. ad jus Att. et Rom. V, c. 14, n° 15. V. Huschke, p. 248-250.

[19] Voy. aussi Stahl, sur l'ancienne procédure romaine, p. 123.

[20] Il en fut ainsi dans la discussion relative à la *corona muralis*, dont il est parlé dans Liv. XXVI, 48. Le nombre ordinaire était de trois, Cic. Verr. III, 12 et 60. Il y en avait cinq dans l'espèce de Tite-Live, XLIII, 2.

[21] Voy. Huschke, p. 244.

[22] Conf. frag. leg. Thor. ll. cc. avec § 10.

[23] Cic. Verr. II, 13; III, 10, 11, 13, 59, 60. Cicéron reproche à Verrès de n'avoir permis de choisir que dans sa cohorte. Ce passage de Cicéron a fait penser, à tort, à Tigerstroem qu'il était dans les attributions du préteur de faire choisir les récupérateurs dans sa suite.

[24] Plin. Paneg. c. 36. Dans ce passage, en effet, il est question des récupérateurs. Comp. Suet. Nero, c. 17.

[25] Cic. pro Flacc. c. 20, in Cæcil. c. 17, et frag. leg. judic. dans Marini, T. II, p. 569, et dans Dircksen Beytr. zur Kunde des R. R. p. 218, v. 7-9. Huschke, p. 251 et suiv.

disparu qu'avec le système formulaire ; et lorsque plus tard il en est encore fait mention, ce n'est pas sous la dénomination

Quelques explications sont encore nécessaires pour bien comprendre, ou mieux comprendre ce que nous apprend Zimmern sur les diverses manières de nommer les juges et les récupérateurs.

Quant au juge (*judex*), M. Bonjean pense (t. 1, p. 175 et suiv.) que, lorsque les parties ne voulaient pas choisir un juge, le magistrat le nommait d'office, et que, si les parties le récusaient et ne pouvaient s'entendre sur le choix du juge, il était désigné *par la voie du sort.* Cette opinion est fondée sur Cic. in Verr. II, 12; III, 11, 13, 29, 41. D'abord le c. 12 de la seconde Verrine ne dit pas un mot de cela. Dans la troisième Verrine, c. 11, 13 et 41, il est bien certain qu'il n'est pas question du tirage au sort d'un *judex*; et, dans tous les cas, il ne s'agit dans ces passages que de récupérateurs. Quant à la préface de Pline, que cite aussi M. Bonjean, on y trouve bien « plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat » : mais cette expression de *judex* est trop générale, et peut fort bien se référer aux récupérateurs ou aux juges choisis pour les *publica judicia*, comme le dit Zimmern dans la note 8 de son § 10. Il nous serait toutefois peu facile de démontrer que l'opinion de M. Bonjean soit erronée; nous ne pourrions lui opposer que des preuves négatives, des textes qui parlent de tirage au sort (*sortitio*), mais pour les récupérateurs seulement. V. le c. 13, in Verr. II. Nous pensons donc que si les parties ne s'accordaient pas sur le *judex*, elles ne recouraient pas à la première manière de nommer un juge, le *sumere*, il fallait qu'elles recourussent à la seconde, le *rejicere*, le mode de nommer par récusation. Or voici comme nous concevons ce mode. Il était libre aux parties de récuser un certain nombre des personnes portées dans les décuries. Il en aurait été de même pour les récupérateurs. Si les parties ne pouvaient pas s'entendre pour le *sumere*, on nommait par voie de récusation, c'est-à-dire, les parties pouvaient récuser, sur une liste à elles présentée par le magistrat, un certain nombre de personnes. V. Cic. in Verr. II, 31. Cette récusation se faisait dans un tirage au sort pour les récupérateurs, par exemple en vertu de la loi Rupilia, applicable à la Sicile, et qui est mentionnée au c. 13 de Cic. in Verr. II. Ce qui nous porte à croire qu'une nomination devait être le résultat de la récusation, ce sont les cc. 11, 13, 59 et 60 de Cic. Verr. III. En effet, dans le c. 11, on lit : « *Jubet* (prætor) *recuperatores rejicere.... de cohorte mea rejicias.* Or on ne comprendrait pas que le préteur eût *ordonné* aux parties, dans l'espèce de ce chapitre, de *récuser*, au lieu de *sumere*, si ce mode ne devait produire aucune nomination. Puis à quoi bon ordonner purement et simplement de récuser? La récusation pure et simple est une pure faculté qui ne peut pas devenir une obligation. (E.)

de récupérateurs. Dans les compilations de Justinien, si l'on retrouve des traces des anciens textes qui les concernaient, ils n'y figurent que sous le nom générique de *judices*.

§ XVIII. — *Du juge pédané.*

Nous avons vu passer devant nos yeux les divers magistrats et les divers *judices* jusqu'au temps où, Constantin donnant à l'empire une organisation nouvelle, la procédure elle-même fut entièrement changée. Avant de passer à cette seconde période, il ne sera pas inutile de dire quelques mots d'une institution qui se place entre ces deux époques, ainsi qu'entre les magistrats et les *judices :* cette institution est celle des juges pédanés [1]. Une opinion généralement répandue, et qui encore aujourd'hui peut-être a quelques sectateurs, voulait que ces juges pédanés ne fussent rien autre chose que les juges privés dont nous avons parlé jusqu'ici, ou que du moins, si ce nom appartenait à une autre classe particulière, il fût commun aussi aux juges privés. Ce qui est certain, c'est que depuis la suppression du *judiciorum ordo*, alors qu'il n'y avait plus de juges privés, on appelait pédanés certains fonctionnaires judiciaires [2]. On n'est pas d'accord sur le motif de cette dénomination [3]. Elle se rencontre pour la première fois dans

[1] Tit. C. de pedanis judicibus (3, 3).

[2] Déjà Ræward, conject. III, 10, a combattu l'opinion dominante qui confond les juges pédanés avec les juges privés, en démontrant que ce nom s'appliquait aussi aux magistrats inférieurs, c'est-à-dire aux magistrats municipaux, et que cette application leur est faite dans le Digeste; mais il admet que le nom de pédané désigne aussi le juge privé. Son opinion a été suivie par Hop. p. 554, et plusieurs autres. Goldschmidt, dans son ouvrage über Litisc. u. Einreden, Francf. 1812, p. 21, admet, au contraire, que les anciens juges privés sont devenus pédanés, leurs fonctions ayant été modifiées et ayant pris un nouveau caractère. Hugo, Rg. p. 302, note 1, se contente de blâmer les modernes d'avoir confondu le juge pédané avec le juge privé, et ne contredit pas l'opinion précédente. Tigerstroem (p. 172) soutient de nouveau la synonymie entre *judex* et *judex pedaneus*.

[3] Quelques auteurs pensaient qu'on appelait ces juges *pédanés*, parce qu'ils jugeaient debout; d'autres, au contraire, parce qu'ils étaient assis

Paul et dans Ulpien. Mais ce que nous nions formellement, c'est que les juges privés aient été ainsi nommés même depuis ces jurisconsultes. En effet, nous rencontrons un *postulare* adressé à un juge pédané [4], une *vocatio in jus* devant le même [5] : ce n'était donc pas un *judex* donné par le magistrat. Les autres passages, en petit nombre, où il est question du juge pédané, avant la suppression du *judiciorum ordo*, ne doivent pas nécessairement s'entendre du juge privé [6] : en outre, comme les juges privés s'appellent le plus ordinairement *judices* sans aucune addition, et comme, d'un autre côté, les juges pédanés étaient déjà du temps d'Ulpien une classe de magistrats, il serait assez extraordinaire [7] que la même dénomination eût été aussi attribuée à des juges qui n'avaient aucun des caractères de la magistrature [8]. Les juges pédanés sont donc, à

sur des *subsellia* aux pieds du magistrat (V. § 13); d'autres enfin, parce qu'ils jugeaient *de plano*. Conf. Tigerst. p. 174. Tigerstroem pense qu'on avait pris, pour les dénommer, le nom de la partie la plus basse du corps, ponr indiquer qu'ils étaient *humiliores*.

[4] L. 1, § 6, D. de post. (3, 1).

[5] L. 3, § 1, ne quis eum qui in jus voc. (2, 7).

[6] Paul V, 28, on L. 38, § 10, D. de pœn. (48, 19). L. 4, D. de tutor. et curat. (26, 5). L. 11, C. ad leg Corn. (9, 22).

[7] On ne pourrait citer qu'Asconius in Verr. I, 9. Mais le mot *pedaneum*, qui se trouve dans ce passage, y a été certainement ajouté par erreur. La L. 2 C. ht., la rubrique même du titre rapprochée de la L. 1 C. eod., présentent anssi de la difficulté : ce sont, sans doute, ces passages qui ont seuls donné lieu à l'opinion dominante. Mais voy. la note 11. Et enfin c'est une question si le χαμαιδικαστής, qui se trouve dans Théophile IV, 15 pr. doit être traduit, comme on le fait ordinairement, par *pedaneus judex*.

[8] Nous devons signaler ici un passage d'Aurelius Victor, c. 24, ed. Mal, p. 112 fr. : « *Si apud pedaneum judicem sit privata cognitio*, ad » sermocinationis vicem deprimendam actionem etiam non admonitus » intelliges. Sicut enim in sublimibus quæstionibus dejecta et jacens » pronuntiatio deformis est, ita *in parvis* elata, etc., diridicula. » Ainsi, dans ce passage, le pédané est bien différent du *judex* : devant celui-là se font des plaidoiries dans les formes ; devant ce dernier, au contraire, comme on ne s'occupe que de cognition, et même de *parvæ quæstiones*, un discours pathétique serait ridicule.

notre avis, les *curiales*[9], classe de magistrats municipaux dont la juridiction était moins importante que celle des magistrats proprement dits[10]. Pour signaler par un nom cette différence entre les uns et les autres, on aurait appelé *judices* les *curiales*. En effet, ces derniers n'avaient pas le droit de renvoyer les parties devant un juge privé; ils jugeaient eux-mêmes : de là le nom de *judices*; ils se sont appelés *pédanés*, parce qu'ils n'avaient pas de tribunal. A une époque peu antérieure à Dioclétien, les gouverneurs des provinces, lorsqu'ils nommaient des juges privés, ne pouvant les prendre, comme autrefois, dans des décuries, puisqu'il n'existait plus de listes de juges, les choisissaient parmi ces juges pédanés[11]. Il en fut ainsi jusqu'à ce que Dioclétien, supprimant cette *datio judicum* comme règle, et permettant toutefois de constituer les juges pédanés, ne la laissa plus subsister que comme exception, pour le cas où, les affaires étant trop nombreuses, les gouverneurs ne pouvaient pas suffire à les juger[12]; il permit de la rétablir comme règle, mais pour les affaires de très-peu d'importance[13]. Julien, plus tard, autorisa même les gouverneurs à

[9] Conf. Paul v, 28, avec Interpr. L. 4 conf. avec L. 3, D. de tut. et cur. (26, 5). — Voy. aussi L. 3, C. Th. de repar. app. (11, 31).

[10] Dans la constitution 5 C. ht. on trouve mentionnée en passant la signification de *judex pedaneus* : « pedaneos judices, hoc est, qui negotia » humiliora disceptant. » Il est extrêmement vraisemblable que ce ne fut pas seulement du temps de Julien que leurs pouvoirs se trouvèrent ainsi restreints; le motif de leur dénomination de pédanés est donc purement et simplement le peu d'importance de leur juridiction. Et c'est bien ce qu'indique encore Ulpien, L. 3, § 1 D. (2, 7) : « Si quis ad pedaneum judicem vocatum quem eximat, pœna ejus Edicti cessabit. »

[11] C'est probablement dans ce sens qu'on doit expliquer la L. 2, C. ht. (« quam hactenus e difficilimis totius Codicis putant omnes, » J. Gothofr. Cod. Th. ed. Ritter, vol. I, p. 46 a, in fin.), à moins qu'on ne doive l'entendre des juges délégués. Conf. Interpr. ad Paul., l. c. C'est aussi dans le même sens que l'on peut dire que la rubrique du titre s'étend à l'ancienne *judicum datio*.

[12] L. 2, C. cit.

[13] C'est ainsi que l'on explique la constitution de Julien, indiquée à la note 10 (elle se trouve aussi dans plusieurs manuscrits du Code Théodosien, et dans l'édition de Godefroy, ed. Ritter, vol. I, p. 46, et dans

désigner d'avance des juges pédanés auxquels pussent s'adresser directement les parties pour les contestations de peu d'intérêt [14].

TITRE II. — DU PERSONNEL DEPUIS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

§ XIX. — *Introduction.*

Sous Constantin, l'empire romain subit une organisation nouvelle. Déjà, sous Adrien, l'Italie avait été placée, sous un certain rapport, sous la dépendance de lieutenants impériaux, les *juridici*. Par suite de la division géographique qui s'opéra sous Dioclétien, l'Italie dut déjà perdre une grande partie des priviléges dont elle avait joui dans les temps anciens à l'égard des provinces. Cet empereur, en s'associant trois auxiliaires, avait préparé le partage, que consomma Constantin en établissant pour tout l'empire quatre préfectures, savoir : l'Orient, l'Illyrie, les Gaules et l'Italie [1], à la tête de chacune desquelles il plaça un préfet du prétoire. Justinien, plus tard, y en ajouta une cinquième, celle de l'Afrique [2]. Toutefois, Constantin ne laissa pas aux préfets les pouvoirs illimités que les circonstances avaient accumulés sur leur tête; il leur retrancha le pouvoir militaire, qu'il confia à des *magistri militum*. De telle sorte que les préfets du prétoire, qui, dans l'origine, n'avaient que le pouvoir militaire, finirent par ne conserver que les pouvoirs civils. Sous ces préfets étaient les présidents des provinces (*v.* § 20). Alors l'administration supérieure de l'Italie fut mise sous le niveau de l'administration supérieure des provinces : elle avait son préfet du prétoire; sous lui, des présidents. Rome seule conserva son organisation particulière, et Constantin s'efforça d'en imiter le mécanisme pour l'im-

Wenck, p. 80 sq.). Conf. J. Gothofred. ib. Malblanc, consp. rei jud. § 29, II, 2, et Savigny, Histoire, t. 1, p. 74 (Guenoux). Mais voyez les auteurs cités à la note suivante.

[14] L. 5 C. cit. Goldschmidt, über Litisc. p. 22. Mühlenbruch Prozess, p. 41.

[1] Zosim. II, 33.

[2] Tit. C. de off. præf. præt. Africæ (1, 27).

planter à Byzance [3]. Lorsqu'il y eut deux empereurs, l'un pour l'Orient, l'autre pour l'Occident, celui-ci siégea à Rome.

Ces notions préliminaires étant posées, nous pouvons maintenant passer à l'examen des divers magistrats investis de la juridiction civile sous les empereurs chrétiens. En tous cas, dès cette époque, il n'y a plus de juges privés, plus de tribunal centumviral.

§ XX. — *Des magistrats supérieurs dans les provinces.*

A cette époque, c'est le *rector provinciæ* [1] qui exerce régulièrement la haute juridiction; par ce motif, il est appelé *judex ordinarius*. Dans les provinces d'une médiocre étendue, le magistrat supérieur s'appelle spécialement *consularis* ou *corrector* [2]; dans les plus petites, *præses;* dans les plus grandes, *proconsul* [3]. Dans les affaires de peu d'importance, qui étaient encore attribuées aux petits magistrats locaux, on interjetait

[3] Sozomen, Hist. eccl. II, 3. VII, 9.

[1] L. 1, 2, 3, 4, 6, C. Th. de off. rect. prov. (1, 7). — C. eod. (1, 40). L. 1, 2, C. Th. de offic. comit. rei privat. ed. Wenck, p. 56. L. 3, C. Th. de rep. app. 11, 31.

[2] Cette dénomination a pris naissance en Italie, Vopisc. Aurel. c. 39. L. 3 C. quibus non obj. l. t. pr. (7, 35). Elle se trouve aussi déjà employée par Papinien, L. 20, D. de off. præsid. (1, 18), et par Dioclétien L. 4, C. de j. et f. ign. (1, 18). On la trouve aussi L. 10, D. (1, 18), qui est d'Hermogénien. Voy. aussi L. 4, C. Th. de jurisdict. (2, 1). L. 61, 65, C. Th. de decur. (12, 1). Amm. Marc. XXVII, 3.

[3] Le *rector provinciæ* est appelé *præses* dans la L. 1, C. Th. de off. rect. prov. (1, 7); il est aussi appelé *provinciæ præsidens* L. 4, 5; *moderator provinciæ* L. 7 eod. Le titre du C. Th. de consularibus et præsidibus (6, 19) ne contient qu'une seule L., laquelle ne dit rien des *præsides*. Ainsi ce nom, qui autrefois était général, était employé alors rarement. Quant aux proconsuls, voyez la suscription du nouveau titre *De offic. proconsulis et legati.* dans Wenck, C. Th. I, 12. L. un. C. de off. proc. et leg. (1, 35), de app. proc. et leg. (12, 56). Quant à la question de savoir si le proconsul et son légat (par délégation) *civiles causas audiunt*, v. L. 1, 3, C. Th. h. t. L. un. C. cit. L. 1, C. ut omnes judices (1, 49). L. 1, § 3, 4, C. de off. pr. præt. Afr. (1, 27). Voy. aussi Pancirol ad notitiam utriusq. Imper. Or. C. 99, dans Grave. thes., t. VII, p. 1593 sq. C. 101, p. 1604 sq.

appel au *judex ordinarius* [4], de même que de la décision de ce dernier on en appelait au préfet (§ 172). Les contestations qui intéressaient le fisc étaient toujours portées à un *rationalis* ou *magister rei privatæ* [5]; celles qui concernaient la maison de l'empereur étaient du ressort d'un *comes domorum*, qui fut établi dans ce but [6]. Les préfets, c'est-à-dire *præfectus urbi* de Rome [7], celui que Constantin avait créé dans la capitale nouvelle, à l'instar de Rome [8], et les préfets du prétoire, jugeaient en dernier ressort comme l'empereur. Il en était de même, mais par exception, du proconsul de l'Asie, de celui de l'Achaïe, du *comes Orientis* et des vicaires des préfets du prétoire [9]. Ces vicaires remplaçaient en effet les préfets aussi comme *judices*. De même les autres magistrats pouvaient avoir leurs représentants [10]. D'après une décision de Marcien, l'empereur ne jugeait plus en première instance [11]. Le rang et l'influence du chef de l'Egypte, du *præfectus augustalis* [12], qui ne s'appelle plus que *augustalis* [13], et qui n'était pas préfet du prétoire [14], devinrent bien plus considérables qu'au-

[4] L. 1, 3 C. Th. de rep. app. (11, 31). — L. 1, f. C. de defens. civit. (1, 55). Conf. §§ 1 et 172.

[5] L. 5 C. ubi causa status (3, 22). Tit. C. ubi causæ fiscales l. divinæ domus hominumque ejus agantur (3, 26).

[6] V. L. ult. C. Tit. cit. Nov. 20 et 30.

[7] L. 2, 3 C. Th. de off. pr. urb. dans Wenck, p. 34. L. 11, 13 f. 18 f. 44 f. 61 f. C. Th. de app. (11, 30). J. Goth. l. c. t. IV, p. 244. L. 3 C. de off. præf. urbi (1, 28).

[8] Jac. Gothof. l. c. t. II, p. 51 b.

[9] L. 30 C. Th. de app. (11, 30).

[10] Tit. C. Th. de off. Vicarii (1, 6), dans Wenck, p. 64 sq. Tit. C. de off. ejus qui vicem alicujus judicis l. præsidis obtinet (1, 50).

[11] Nov. Mart. 1. L. 4 C. de fructib. et lit. exp. (7, 51).

[12] Tit. C. Th. (nov.) de off. præf. August. dans Wenck, p. 62 sq. Tit. C. eod. (1, 37).

[13] L. 23 C. de app. (7, 62). L. 57, 59 C. de decur. (10, 31). Nov. 23 c. 3. Nov. 24 c. 4. Just. Ed. 13.

[14] Le mot *prætorio* de la L. 2 C. h. t. avait déjà été retranché par Cujas, Obs. VIII, 21, parce que la suscription du titre du Code ne le portait pas. Voy. maintenant Wenck, p. 63. Cujas faisait aussi remarquer que, dans la L. 2 C. de his qui per met. (7, 67), on devait lire : « Seu pro-

paravant. Sous lui se trouvaient les *ordinarii judices* [15], et toujours le *juridicus Alexandriæ*, qui exerce encore une juridiction au moins volontaire [16].

§ XXI. — *Assesseurs.* — *Secretaria.* — *Auditoria.*

La nécessité des assesseurs [1] se faisait encore bien plus sentir qu'auparavant, puisque ceux qui administraient la justice remplissaient en même temps les fonctions de magistrats et de juges. Les *judices ordinarii* siégeaient dans des salles appelées *secretaria* ou *secreta* [2]. Tout le monde y avait accès. Ils étaient sur leur tribunal entourés de leurs *officiales*, dirigeant l'instruction et prononçant les sentences [3]. La déli-

consules, seu comites Orientis, seu præfectos augustales, seu vicarios vel alium judicem, etc. »

[15] L. 2 C. cit. L. 13 C. de adv. div. judic. (2, 7).

[16] L. un. C. de off. jurid. Alex. (1, 57) (Il peut recevoir les donations comme le *moderator provinciæ*, comme les magistrats et les *defensores plebis.*) § 5, I de Atil. tut. (1, 20).

[1] Tit. C. Th. de assessor. (1, 12). C. de assessor. domesticis et cancellariis judicum (1, 51). Voyez supra, § 7, et J. Gothof. ad Tit. cit. t. 1, p. 72 sq.

[2] Brisson. v. secretarium. J. Goth. t. 1, p. 44. — Lydus de mag. III, 11, 27 f. 65 : « Templum justitiæ, quod secretum dicitur. »

[3] L. 2 (3) C. Th. de off. rect. prov. (1, 7) : Judex non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam referat, *sed apertis secretarii foribus, intro vocatis omnibus*, aut pro tribunali locatus et civiles et criminales controversias audiat. L. 3 (4) C. Th. eod. : Libellos judicibus postquam se receperint vetamus offerri, *ne* super alienis causis *vel statu pronuntient, quando ab officii conspectu atque ab oculis publicis recesserint.* — L. 6 C. de sentent. et interl. (7, 45) : Cum sententiam præsidis irritam esse dicis, quod non publice sed in secreto loco officio ejus non præsente, sententiam suam dixit, etc. — Amm. Marcell. XXX, 4, avec J. Goth. l. c. p. 45. Amm. Mar. XVIII, 1. Amm. Marc. XXVII, 3. — « Tribunali ascenso. » — L. 6 (7) C. Th. eod. (1, 7) : Ne quis domum judicis ordinarii promeridiano tempore ex occasione secreti (c'est-à-dire, horis secretis) ingredi familiariter affectat rel. On trouve aussi *secreta domus* dans Interp. ad L. 2 C. Th. cit. ; on trouve *recipere in secessu domus* dans L. 2, 3 avec l'Interp., et *secretus locus* dans la L. 6 cit. opposé à *secretarium publicum*, J. Goth. ibid. p. 55 a.

bération avait lieu derrière des *vela* [4]. Au moment de cette délibération, on faisait retirer do l'endroit de la salle caché par ce rideau toutes les personnes qu'on y avait laissé pénétrer par égard ou par honneur seulement [5], et non comme assesseurs, lorsqu'elles étaient intéressées à l'affaire en question [6]. Ce lieu s'appelait *secretarium*. On ne doit pas confondre ce *secretarium* avec le *consistorium* [7], dont il est fait mention déjà du temps do Dioclétien [8], et où depuis on s'occupait surtout des affaires administratives [9]. D'un autre côté, le *consistorium* diffère aussi du *sacrum auditorium* [10], qui était le tribunal d'appel. Toutefois, les membres du *sacrum auditorium* pouvaient aussi faire partie du *consistorium* [11]. Les préfets, et spécialement le *præfectus urbi* [12], n'avaient qu'un *auditorium*.

§ XXII. — *Des autorités locales à Rome et dans les provinces.*

Outre ces divers juges ordinaires dont nous venons de parler, qui administraient la justice dans tout l'empire, dans de grands districts ou dans les préfectures, il y avait aussi des

[4] Ainsi S. Jean Chrysost. in Matth. cap. 17, hom. 56 (57), dit : « Quemadmodum cum publice sententiam judices prolaturi sunt, velamina statores contrahunt, ut ab omnibus videantur. » Sur ces *vela* voy. J. Goth. I, p. 44 f. 45.

[5] L. un. C. Th. de off. jud. civ. (1, 8). L. ult. C. de off. div. jud. — L. ult. C. Th. de honor. codic. (6, 22). — L. 1 C. Th. de præf. prætor. (6, 7). L. un. C. Th. de præp. sacr. cub. (6, 8). L. 5, 7, 16 C. Th. de proxim. (6, 26). L. 6, § ult. C. de postul. (2, 6). — Salvian. de Gubern. Dei lib. 3, n° 82. — J. Goth. t. 1, p. 50.

[6] L. un. C. Th. cit. (1, 8). Conf. cependant L. ult. C. ubi senat. (3, 24).

[7] L. 5 C. Th. de proxim. (6, 26).

[8] L. 12 C. de pœn. (9, 47).

[9] V. Amm. Marc. XIV, 7. XV, 5. XXVIII, 1.

[10] L. 40, 44, 48, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 3, 4, 5, 9 C. Th. de rep. app. (11, 31).

[11] Voy. Haubold, § 7 cit. et là même la note 20.

[12] L. 2 C. Th. de pact. (consult. c. 9). L. 11, 13, 18, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 17, 23 C. eod. (7, 62).

autorités municipales : il y eut même dans cette période des juges militaires et des juges ecclésiastiques (*v.* §§ 24 et 25). A Rome surtout il y avait des juges spéciaux [1]. Ainsi les sénateurs, à Rome et dans sa banlieue, n'étaient justiciables que du *præfectus urbi*, ailleurs, que du *provinciæ judex* [2] : les *perfectissimi* devaient être poursuivis devant le *vicarius urbi*, qui à Rome remplaçait le préfet du prétoire [3]; et les chevaliers devant le *præfectus vigilum* [4]. Les contestations relatives au blé ou aux actes passés en marché étaient portées déjà depuis longtemps au *præfectus annonæ* [5]; cette attribution avait été distraite de celles des édiles. Il y avait toujours à Rome un *prætor tutelaris* et un préteur urbain dont cependant la juridiction avait été restreinte dans une sphère plus étroite [6]. Constantin, en créant un *præfectus urbi* à Constantinople, y avait établi un préteur pour les *causæ liberales*, les restitutions *in integrum*, les nominations de tuteurs, les aliénations des biens des pupilles, les manumissions et les émancipations [7].

[1] L. un. § 2 C. Th. de his qui veniam (2, 17). — C'est à cela que se réfère la L. 2 C. Th. de re jud. (4, 16) : In privatorum causis hujusmodi formâ servetur, ne quemquam litigatorum sententia non à suo judice dicta constringat. Conf. J. Goth. ibid.

[2] L. 4 C. Th. de jurisd. (2, 1). L. 2 C. ubi Senatores (3, 24) conf. avec Symmach. x ep. 62. J. Gothof. ad L. 4 cit. I, p. 92 sq.

[3] L. un. § 2 cit. conf. avec Inscr. l. un. C. Th. de perfectissim. dignit. (6, 37).

[4] L. un. § 2 cit.

[5] L. ult. D. quod cum eo (14, 5). L. un. C. Th. de contr. emt. (3, 1).

[6] Lydus II, 30. — « Si *apud utrumque prætorem* — auxilium provocationis fuerit objectum, » il faudra s'adresser au *præfectus urbi*, dit Constantin L. 17 C. de app. (7, 62), Heracleæ, 326.

[7] L. 16 C. Th. de præt. (6, 4) ... Prætori defertur hæc jurisdictio, sancientibus nobis. Joignez L. 23 C. do app. L. ult. C. de præd. minor. (5, 71). La loi 16 du Code Théodosien so trouvo inexactement reproduite. L. 1 C. de off. præt. et dans la L. ult. C. de vind. libert. conf. J. Gothof. ad. L. 16. Dans la L. ult. C. ubi causa status (3, 22), qui est de Justinien, on trouve que la *causa liberalis* est portée, dans les provinces, *apud earum moderatores*; dans la capitale, *apud competentes maximos judices*.

Quant aux magistrats locaux des provinces appelés *judices minores* [8], il y avait :

1° Les *magistrats*. On donnait ce nom aux autorités municipales ayant une juridiction contentieuse; leurs attributions avaient été tellement limitées [9], qu'il n'est pas possible d'admettre que les décurions les assistaient encore dans les procès [10]. Toutefois le *jus conficiendorum actorum* (*gestorum* plus tard), c'est-à-dire le droit de recevoir les actes publics [11], appartenait en partie aux magistrats [12] municipaux, et en partie à la curie [13]. Mais ce restant de juridiction avait encore été perdu pour les décurions, lorsque régna Justinien [14], puisque les monuments juridiques que nous a laissés cet empereur n'en font plus mention. L'opinion que cette juridiction alla toujours en déclinant jusqu'à ce qu'elle disparut entièrement, est d'autant plus admissible, que déjà du temps d'Ulpien elle se réduisait, pour le contentieux, à des affaires de minime intérêt, qui furent ensuite dévolues aux juges pédanés.

§ XXIII. — *Continuation. Des juges pédanés; des défenseurs.*

2° Les juges pédanés. On appelait de leurs jugements au *rector provinciæ* [1]. Du temps de Dioclétien, ils ne formaient

[8] L. 14 C. de jud. (3, 1). L. 34 init. C. de app. (7, 62). L. 5 C. de off. rect. prov. (1, 40). Nov. 34, c. 9. Tigerstroem, p. 178 et suiv.

[9] Il n'en est fait qu'une mention légère L. 1, 3 C. Th. de rep. app. (11, 31). Voy. Savigny, l. c. t. 1, p. 36. D'après la L. 9 C. qui admitti (6, 9), l'acceptation de la possession de biens, qui n'était plus solennelle, pouvait avoir lieu « apud quemlibet judicem, vel etiam apud duumviros. »

[10] Voy. Savigny, l. c. p. 75, qui dit que les décurions servaient encore d'assesseurs au magistrat municipal ou au défenseur; ce qui n'est pas probable.

[11] Voy. F. C. Conradi Parerga, p. 439-487.

[12] L. 1 f. C. de jurid. Alexand. (1, 57). L. ult. C. de mag. munic. (1, 56).

[13] Voy. Savigny, l. c. p. 79.

[14] Il faut peut-être placer ici ce qu'on lit dans Lydus de mag. III, 46 et 49, savoir que sous Anastase on supprima les βουλευτικὰ συστήματα des villes. Voy. Heffter, Inst. p. 35.

[1] L. 3 C. Th. de rep. app. (11, 31).

pas encore un corps permanent de magistrature ; ils n'agissaient que comme délégués de la curie [2]. Julien modifia leur organisation par une décision indiquée plus haut, § 18. Les *arbitri*, que déléguaient les recteurs des provinces, ou le préfet du prétoire, sont les mêmes que les juges pédanés [3]. Constantin, en effet, et Justinien encore distinguent *in judicio vel apud pedaneos judices* [4]. Zénon les soumit à une nouvelle réforme [5] : cette réforme eut peut-être pour résultat de faire disparaître entièrement la juridiction contentieuse des magistrats municipaux, mais ne supprima pas les juges pédanés eux-mêmes, puisque Justinien parle encore de ces derniers par opposition au *judex « cui aliqua jurisdictio est* [6]. » Plus tard, cet empereur, par une Novelle [7], a déterminé leurs pouvoirs, et fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle ils seraient compétents, c'est-à-dire 300 solidi [8].

3° Les *defensores civitatum* [9]. Les juges pédanés ont leur berceau dans les municipes d'Italie ; mais la juridiction des défenseurs s'est formée dans les villes des provinces. D'une fonction passagère [10], les défenseurs sont parvenus à une ma-

[2] L. 2, 3 C. de ped. jud. (3, 3); conf. supra § 18.

[3] L. 63, 67 C. Th. de app. (11, 30). L. 31 C. eod. (7, 62). L. ult. C. Th. de rep. app. (11, 31). Justinien L. 3 C. ubi et apud quem cognitio (2, 47). L. 16 C. de jud. (3, 1). L. un. C. ne liceat in una (7, 70). On trouve le *pedaneus judex* dans le C. Th. mais seulement L. 3 de rep. app. et il est fait mention d'enx en passant. L. ult. do exc. artific. (13, 4). Voy. au reste J. Goth. ad L. 3 cit. t. IV, p. 294 f.

[4] L. 2 C. de libert. 6, 7 conf. avec la note 6.

[5] Conf. Nov. 82 c. 1.

[6] L. 3 C. ubi et apud quem (2, 47). Conf. aussi Inst. L. 29 C. de pact. (2, 3). L. 15 f. C. de jud. (3, 1). L. 5, § 1, C. de temp. et rep. app. (7, 63).

[7] Nov. 82.

[8] Nov. cit. c. 5.

[9] Tit de defensorib. civit. C. Th. 1, 11. C. 1, 55. Nov. Major. t. 5. Nov. Inst. 15. — J. Goth. Paratitl. ad C. Th. l. c. J. Chr. Schmid de civitatum defensoribus, Lips. 1759, 4. Savigny, l. c. p. 60.

[10] Paul, L. 16, § 3. Hermogen. L. 1, § 2. Arcad. Charis. L. 18, § 9. D. de muner. (50, 4).

gistrature permanente. Ils paraissent avec ce caractère pour la première fois dans une constitution de Valens et de Valentinien, de l'année 365, dans laquelle le droit de recevoir des actes et d'en connaître jusqu'à 50 solidi leur est accordé. Au delà de cette somme, la compétence appartenait à l'*ordinarius rector* [11]. S'il n'est pas fait mention ici de magistrats municipaux [12], c'est qu'il n'y en avait dans les provinces qu'exceptionnellement, c'est-à-dire dans les villes ayant le *jus italicum* : c'est précisément pour remplir cette lacune que les défenseurs y furent investis de pouvoirs judiciaires [13]. Il y avait aussi des défenseurs en Italie, mais ils n'y avaient pas de juridiction [14] : cette juridiction telle quelle, qu'ils avaient dans les provinces, en Italie était advenue peu à peu aux juges pédanés.

La principale mission du défenseur était de prendre les intérêts de la république [15], de la plèbe, de la localité [16], de prêter aux faibles l'appui de son autorité contre les vexations des lieutenants impériaux [17]. Il n'avait pas le droit de *mulcta* comme les *judices* proprement dits [18] ; mais, dans les villes où il n'y avait pas de magistrats municipaux, il pouvait recevoir les actes de la juridiction volontaire [19] : c'est dans ces mêmes villes qu'il pouvait, par une concession de Justinien, nommer des tuteurs aux pupilles dont la fortune était peu considérable. Plus tard, cet empereur éleva le défenseur à la dignité

[11] L. 1 C. de defens.

[12] De même les L. 22 pr. L. 34, § 5, 6 C. de ep. aud. (1, 4). Nov. 15 c. 3, 4 n'ont trait qu'aux gouverneurs et aux défenseurs.

[13] Savigny, l. c. p. 62 et suiv.

[14] V. Cassiod. Var. VII, 11. Marini pap. dipl. n° 74, où le défenseur est nommé le premier, et même avant les magistrats, « defensor, quinquennalis et magistratus. » Savigny, l. c. p. 63.

[15] L. 16, § 3 D. de muner.

[16] L. 1 C. de off. jur. Alex. (1, 57). L. 3 C. h. t.

[17] L. 4 C. h. t.

[18] L. 2 C. Th. h. t.

[19] L. 9, § 1 C. h. t. L. un. f. C. de off. jur. Alex. — Nov. 15. L. 8, § 2 C. Th. de donat. (8, 12). L. 30 C. eod. (8, 54). Conf. aussi Theodor. Edict. art. 52, 53. Savigny, l. c. p. 81.

de magistrat [20], et étendit sa compétence jusqu'à 300 solidi [21]. Il lui accorda aussi le droit de connaître de petits délits, dont auparavant il n'avait eu que l'instruction [22]. On appelait de sa sentence au lieutenant impérial [23].

§ XXIV. — *Juridiction ecclésiastique* [1].

Les chrétiens ont pu se faire juger par leurs chefs ecclésiastiques, en conséquence des principes communs qui régissent les compromis [2]. Constantin ordonna que les sentences arbitrales rendues par les évêques fussent mises à exécution, mais en vertu de l'autorisation des juges ordinaires, autorisation qu'ils ne pouvaient refuser [3]. Les contestations entre clercs, au moins en tant qu'elles touchaient à la religion, pouvaient être jugées par le synode, et ce en vertu d'un rescrit de Gratien [4]. De même, une constitution de 385, si elle n'est pas apocryphe, attribue à la juridiction épiscopale les affaires purement ecclésiastiques [5].

Les constitutions d'Arcadius et d'Honorius n'étendirent [6] pas encore la juridiction des évêques telle que l'avait fixée Constantin : elles n'ont été rendues que pour réprimer les

[20] Nov. 15 pr. c. 1.

[21] Nov. 15 c. 3, 4.

[22] L. 1 C. h. t. Nov. cit. c. 6.

[23] Nov. cit. c. 5.

[1] H. M. Hebenstreit Histor. jurisdictionis ecclesiasticæ ex leg. utriusque Cod. illustr. Diss. I. Lips. 1773, éd. 2, 1780. Diss. II, 1776. Diss. III, 1780, 4. — Bruno Schilling de origine jurisd. ecclesiasticæ in causis civilibus, Lips. 1825, 4. — Un titre *de episcopali audientia* est attribué mal à propos au Code Théodosien, à la fin du 16e livre. J. Godefroy, t. VI, p. 339 sq. s'efforce de démontrer que les trois constitutions, qu'il devait contenir, sont elles-mêmes apocryphes. Hebenstreit II, § 16, regarde aussi comme apocryphe la L. 1 C. Th. de ep. aud. Schilling (v. note 5) soutient que la L. 3 n'est pas apocryphe.

[2] Hebenstreit Diss. II, § 7. Schilling § 4.

[3] Sozom. Hist. eccl. I, 9. Auct. Vitæ Const. IV, 27.

[4] L. 23 C. Th. de episc. et cler. (1, 3).

[5] C'est la L. 3 C. Th. de ep. aud. dont Schilling, p. 36 sq. soutient la véracité.

[6] Voy. contra M. Bonjean, t. 1, p. 333.

atteintes portées aux prescriptions de ce premier empereur chrétien ; les décisions des évêques n'y sont encore que des sentences arbitrales ordinaires : elles n'étaient pas susceptibles d'appel ; mais elles devaient toujours être revêtues de l'*exequatur* des juges ordinaires [7], lequel *exequatur* ne devait pas être refusé. Du reste, ces empereurs permettent aussi aux juifs de recourir à l'arbitrage de leur patriarche [8].

Il paraît que, dans l'année 425, Valentinien III soumit à la juridiction épiscopale toutes les causes civiles intéressant les clercs, puisque Jean le Tyran les avait auparavant soumis, pour toutes affaires, à la juridiction ordinaire [9] : mais il s'aperçut bientôt qu'il avait été trop loin ; car, par une autre constitution de 452, il restreignit la compétence des évêques [10] dans des limites encore plus étroites qu'auparavant, puisqu'il ne permit plus aux évêques de juger que comme simples arbitres, en vertu d'un compromis formel, et ce sans distinguer si les contestations concernaient des clercs ou de simples laïques : ainsi ils ne purent plus juger contre la volonté de l'une des parties, et un simple pacte ne suffisait pas [11]. Cette dernière restriction a été supprimée pour les clercs par Majorien [12]. La constitution de Valentinien fut confirmée en son

[7] L. 7 C. de episc. aud. (1, 4) de l'année 398. L. 1 C. Th. de relig. (16, 12) de l'année 399. Cette dernière refuse aux évêques le droit de juridiction dans les affaires qui ne tiennent pas à la religion. C'est à elle que se réfère la Nov. XII. Val. III. « Constat Episcopos forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum Arcadii et Honorii constituta, præter religionem posse cognoscere. » — L. 8 C. de ep. aud. de l'année 408. Hebenstreit II, § 18 sq. Loehr Uebersicht der Constit. I, p. 83 sq. note 4. Schilling, § 6.

[8] L. 10 C. Th. de jurisd. (2, 1). L. 8 C. de jud. (1, 9).

[9] L. ult. C. de episc. et cler. (1, 3).

[10] « Quoniam constat episcopos et presbyteros forum legibus non habere, nec de aliis, etc. » Voy. note 7.

[11] Nov. XII. Valent. III, et à ce sujet Jan. a Costa ad cap. 4, X de judic. p. 285-287. Loehr, l. c. II, p. 50, note 3 ; p. 61, note 2. Schilling, p. 21 sq. p. 28.

[12] Interpr. ad Nov. cit. C'était une partie de la Nov. major. 2, qui n'avait été conservée que par fragments. Conf. la rubrique de epis. jud. Hebenstreit II, p. 44. Schill. p. 22.

entier par Marcien ; seulement les ecclésiastiques soumis à la juridiction du patriarche de Constantinople purent être cités soit devant ce patriarche, soit devant le préfet du prétoire [13]. Les ecclésiastiques vivant dans les provinces durent être cités devant le *rector provinciæ* [14], en vertu des décisions de Léon et d'Anthemius.

Justinien d'abord admit les constitutions d'Arcadius et d'Honorius dans son Code, mais non celle de Valentinien [15]. Plus tard, il exigea que, dans les villes où il n'y avait pas de *præses*, les plaideurs ecclésiastiques s'adressassent aux *rectores civitatum* [16]. Quant aux moines cloîtrés, il fut défendu de les traduire devant les autorités civiles, pour ne pas les distraire de leurs religieuses dévotions ; on dut les appeler devant l'évêque [17]. Cette disposition fut ensuite étendue aux autres ecclésiastiques : ils ne pouvaient être traduits devant les juges civils que si les évêques refusaient de les juger, ou ne le pouvaient. En tout cas, leurs procès devaient être jugés promptement [18]. Enfin, Justinien voulut que les évêques eussent exclusivement la juridiction dans les affaires ecclésiastiques. Il décida aussi que les affaires non ecclésiastiques qui étaient dirigées contre des clercs seraient jugées par les évêques, mais que l'appel de leur sentence serait interjeté dans les dix jours : or ce délai de dix jours était celui qui était donné pour appeler des sentences arbitrales [19]. Cet appel était porté au juge ordinaire ; sa décision confirmative était exécutoire immédiatement. Si l'évêque tardait de prononcer, le demandeur pouvait directement s'adresser au

[13] L. 25 C. de episc. et cler. L. 13 C. de episc. aud.

[14] L. 33 C. de ep. et cler.

[15] Voy. note 7 et L. 29 C. de ep. aud.

[16] Nov. 86, c. 7. Il n'est pas nécessaire d'admettre avec Schilling, p. 24, qu'il y avait ici défense de compromettre.

[17] Nov. 79.

[18] Nov. 83 præf.

[19] L. 5 C. de recept. arb. (2, 56). Il est donc clair, contrairement à l'opinion de Schilling, p. 43, que la juridiction des évêques ne formait pas un premier ressort proprement dit.

juge ordinaire [20]. Quant à l'évêque lui-même, il ne pouvait être cité que devant un tribunal ecclésiastique [21].

§ XXV. — *De la juridiction militaire* [1].

Il y eut de bonne heure chez les Romains une juridiction militaire [2], mais seulement pour les affaires criminelles et de discipline. Constantin voulut expressément que les militaires fussent jugés, pour affaires civiles, par les juges ordinaires [3]; ce que confirma Arcadius [4]. Honorius et Théodose II, les premiers, permirent de citer les militaires, pour affaires civiles, devant le *magister militum* [5]; mais ce n'était là qu'une faculté pour le demandeur. Trois ans plus tard il fut formellement défendu, sous peine d'amende, de forcer un homme n'appartenant pas à l'armée, de comparaître, comme demandeur ou comme défendeur, devant le magistrat militaire [6]. Théodose et Valentinien laissèrent, dans les provinces, les militaires sous la juridiction de leurs chefs, et ne permirent pas d'évoquer au *comes* de l'empereur [7]. Anastase adopta la même règle [8]; toutefois il voulut qu'ils fussent justiciables des juges ordinaires pour les actes qui étaient relatifs à une profession étrangère à l'état militaire [9]. Enfin, Justinien s'est aussi prononcé pour la juridiction militaire [10] : il a étendu à l'Italie la constitution indiquée à la note 6 [11].

20 Nov. 123, c. 21.
21 Nov. cit. c. 8, c. 22.
1 Savigny, l. c. p. 71.
2 Veget. de re mil. II, 7 et 9. Tit. D. de re militari (49, 16).
3 L. 2 C. Th. de jurisd. (2, 1).
4 L. 9 C Th. eod.
5 L. 6 C. de jurisd. (3, 13) de 413.
6 L. 17 C. de off. mil. jud. (1, 46) de 416.
7 Nov. Théod. 46. Conf. § 31.
8 L. ult. C. de re militari (12, 36).
9 L. ult. C. de jurisd. (3, 13).
10 L. 17 C. de jud. (3, 1), et les notes 5, 6, 8 et 9.
11 Dans la pragmatique sanction de 554, c. 23.

CHAPITRE II. — DE LA COMPÉTENCE [1].

§ XXVI. — *Ancien droit.*

Les magistrats et les juges étant connus, à qui doivent s'adresser les parties suivant les lieux et la nature des litiges? Telle est la question qui nous reste à résoudre.

Cette question est déjà toute résolue pour tous les cas soumis à une juridiction exceptionnelle, soit à cause de la personne des plaideurs, soit à cause de l'affaire en elle-même. Nous n'avons donc à nous occuper que de la compétence ordinaire.

Si l'on se reporte à l'époque où l'empire romain était encore resserré dans d'étroites limites, où la juridiction n'était exercée que par les magistrats peu nombreux de la ville de Rome, il est encore très-facile de répondre à la question posée. En outre, pendant toute la république, Rome étant la commune patrie [2]; non-seulement tout citoyen, mais encore tout pérégrin qui y résidait, étaient justiciables du magistrat de Rome. Les pérégrins, depuis qu'un préteur spécial leur fut donné, étaient justiciables de ce préteur, au moins quand ils étaient défendeurs. Et si l'on admet que le pérégrin demandeur pouvait traduire le citoyen romain devant le préteur urbain, nous trouverons là l'origine du principe qui a continué à être en vigueur sous les empereurs : *actor rei forum sequi debet* [3].

Il est donc certain que le domicile du défendeur, à cette époque reculée, s'il n'avait pas pour effet nécessaire de déterminer le magistrat compétent, était au moins d'une grande influence sur cette détermination. Pour la Sicile, on admit

[1] Tit. D. de judiciis et ubi quisque agere et conveniri debeat (5, 1). C. Th. de jurisdictione et ubi quis conveniri debeat (2, 1). C. de jurisdictione omnium judicum et de foro competenti (3, 13). — Bethmann-Hollweg Versuche, n° 1. — Hugo Rg. 10e édit. p. 621.

[2] Cic. de leg. II, 2.

[3] Vat. frag. § 325, 326. L. 3 C. ubi causa status (3, 22). L. 4 C. Th. de jurisd. L. 2, 5 C. eod. L. 3 C. ubi in rem actio (3, 19). L. 12 pr. C. de pr. long. temp. (7, 33).

la règle : « quod civis romanus a Siculo petet, siculus judex » datur; quod Siculus a civi romano, civis romanus datur [4].» On avait même assuré aux Siciliens le privilége « ne extra » suum forum vadimonium promittere cogantur [5]. » D'après l'esprit de la constitution romaine, ce n'était pas par la nature des affaires qu'était déterminé le cercle dans lequel s'exerçait la compétence des magistrats [6] : tout magistrat ayant juridiction pouvait connaître de tous les procès privés, et les pouvoirs des magistrats n'étaient limités entre eux que par le plus ou le moins d'autorité dont ils étaient revêtus : un magistrat supérieur, ou même égal, pouvait intervenir et interposer son *veto* à l'acte d'un autre magistrat inférieur ou égal [7]. C'est par une conséquence de cette idée que les deux préteurs de Rome pouvaient réciproquement se transmettre leurs affaires; quant aux parties, elles pouvaient, du moins d'après la doctrine des jurisconsultes classiques, s'entendre [8] pour se présenter devant un des magistrats quelconques, à la condition seulement que ce magistrat fût compétent d'une manière absolue (*ratione materiæ*) [9]. C'est dans cette hypothèse, et en se référant à ce passage de la loi *Julia judiciorum* : « quo-

[4] Cic. Verr. II, 13.

[5] Cic. Verr. III, 15.

[6] Hollweg, p. 13.

[7] Cic. de leg. III, 3.

[8] Bach de prorogatione jurisdictionis, Lips. 1756, dans opusc. p. 406 sq. A. C. Stockmann de jurisdictione prorogata, Lips. 1777, 4.

[9] Si la compétence du magistrat était limitée à une certaine somme, alors naissaient les questions qui s'élèvent chez nous relativement à la compétence du premier ou dernier ressort, voy. L. II, 19, § 1 D. de jurisd. (2, 1); c'est-à-dire que pour apprécier si le magistrat était compétent, la question sera de savoir si on ne cumulera pas toutes les prétentions diverses. — L. 1, L. 2 pr. D. de jud. L. 15 D. de jurisd. (2, 1). L. 1, 3 C. de jurisd. — Les parties ne pouvaient pas proroger la juridiction du magistrat au delà des bornes qui lui avaient été fixées par l'État. Ce que nous avons dit au § 5, note 13, n'est applicable qu'aux magistrats municipaux, parce qu'à cette époque, leur juridiction ayant été considérablement réduite, elle n'était censée l'être que sauf le cas où les parties l'entendraient autrement. V. Hollweg, p. 11, note 29.

minus inter privatos conveniat, » que l'on décide que peu importait le consentement du magistrat choisi [10]. Cette loi ne faisant que supposer ce principe [11], il était évidemment déjà existant auparavant. Mais ce qui est fort douteux, c'est que l'on ait pu, ailleurs qu'à Rome, attaquer son adversaire dans le lieu où on le trouvait, devant un magistrat qui même aurait eu une juridiction sans limites : il est fort incertain, en outre, que la loi Julia ait eu trait à la magistrature des provinces, et qu'elle ait voulu faire de la règle *actor sequitur forum rei*, un principe invariable, pour l'étendre à tout l'empire romain, avec la seule restriction résultant du droit pour les parties de s'adresser au magistrat de leur choix [12]. Les documents nous laissant dans le vague sur ces questions, nous devons nous abstenir de formuler une opinion.

Mais ce qui est incontestable, c'est que, dès l'origine, les pouvoirs des magistrats des villes s'exerçaient seulement dans la circonscription territoriale [13] de la cité, et les pouvoirs des présidents dans la circonscription territoriale de leurs provinces [14]. L'Italie, n'étant que Rome étendue, était soumise à la juridiction du préteur de Rome dans tout ce qui n'était pas attribué aux magistrats municipaux. Ceux-ci ne furent restreints dans leurs attributions que sous les empereurs, et seulement parce qu'alors, à la tête de la haute administration de l'Italie, Rome avait placé des magistrats supérieurs.

[10] L. 2, § 1, D. de jud.

[11] D'après l'opinion communément adoptée, cette loi aurait donné le droit d'interjeter appel. Conf. Bach, l. c. dans opusc. p. 407 sq.

[12] C'est ce que pense Hollweg, p. 14, à cause surtout de ce passage de la loi de la Gaule cisalpine, c. 21 : « A *quocumque* pecunia certa credita — *in eorum quo oppido*. » Mais ce passage s'explique facilement, en supposant que les magistrats municipaux ne pouvaient avoir compétence pour des étrangers.

[13] L. 20 D. de jurisd. L. 239, § 8, de V. S. Sicul. Flacc. de condit. agror. ed. Goës. p. 1.

[14] L. 1, L. 2 pr. L. 4, § 6, L. 5 D. de off. proc. (1, 16). L. 3 de off. præs. (1, 18).

§ XXVII. — *Sous les empereurs avant Constantin.*

Sous les empereurs, il était de principe qu'une personne ne pouvait être poursuivie que devant le magistrat de son municipe ou de sa province (voyez les notes 13 et 14 du § précédent). Or, on était citoyen d'une ville municipale par naissance (*origo*), par adoption (*adoptio*), manumission (*manumissio*), par l'incorporation à la cité (*allectio*), ou enfin par l'incolat. L'incolat était un domicile du choix d'un citoyen, mais qui n'effaçait pas le domicile de patrie; de telle sorte que celui qui avait acquis ce domicile nouveau était soumis à deux magistrats, à celui de sa patrie et à celui de son incolat [1]. Quant aux villes de provinces qui n'étaient pas municipes, s'il y avait des magistrats locaux, et qu'on y eût acquis un domicile, on était soumis à ces magistrats, mais seulement comme *incola* appartenant à la province; on ne pouvait y acquérir un domicile résultant de l'incorporation à un municipe [2].

Outre ces deux domiciles, celui de la patrie et celui de l'incolat, que pouvait avoir un citoyen, il en était un troisième, celui de Rome, la commune patrie : c'est du moins ce que nous apprennent les jurisconsultes classiques [3]. On en a tiré cette conséquence que tout sujet de l'empire avait à Rome un *forum originis*. Toutefois, un citoyen qui n'avait à Rome que ce domicile commun ne pouvait y être poursuivi que s'il y était présent, où s'il y avait des biens qui pussent devenir l'objet de la *missio in possessionem*. C'était un privilége de ne pouvoir être jugé que chez soi, d'échapper à la compétence

[1] L. 29 D. ad munic. (50, 1).

[2] L. 37 pr. D. eod. L. 190 de V. S. Ainsi dans la L. 1, § 2, D. de tut. vel cur. dat. (26, 5), *vel* a le même sens que *id est.* — L. 2 C. de interd. (8, 1). L. 3 D. de off. præsid. (1, 18). — Vat. fr. § 326. L. 29, § 4, D. de inoff. test. (5, 2). L. 2 C. ubi et ap. quem (2, 47). Hollweg, p. 6 et suiv. Il en est de même pour la *causa status*. L. 3, 4 C. ubi causa status agi debet (4, 22).

[3] L. 19 pr. de int. et rel. (48, 22). L. 6, § 11, (de exc. 27, 1). Modestin dans la L. 33 D. ad munic. (50, 1).

des magistrats de Rome (*jus revocandi domum*) [4]. Ce privilége appartenait d'abord à ceux qui ne se trouvaient à Rome que dans l'intérêt public, et pendant la durée des fonctions qui leur avaient été conférées à cet effet; et encore fallait-il qu'ils ne fussent pas attaqués pour des obligations contractées pendant cette résidence [5]. Le même privilége était accordé à quiconque y était appelé pour une affaire qui lui était étrangère, comme pour servir de témoin, ou même dans son propre intérêt, si c'était pour appeler d'une sentence rendue contre lui [6].

Outre ces juridictions, de Rome, de patrie et d'incolat, il y en avait une autre, celle résultant du consentement, qu'on appelait *forum prorogatum* [7]. Mais, dans ce dernier cas, le magistrat pouvait refuser son ministère [8]. Au surplus, il est évident que les parties pouvaient, d'un commun accord, renoncer à une compétence de leur choix, qui ne prenait son existence que dans leur volonté; et même chacune d'elles pouvait rétracter son consentement, si la prorogation ne résultait que d'un simple pacte [9]. Pour que cette rétractation lui fût impossible, il aurait fallu une stipulation (*vadimonium*), ou la *litis contestatio* [10]; il était douteux qu'un *pactum adjectum* eût suffi (voy. note 9). La simple comparution du défendeur devant le magistrat incompétent ne rendait pas non recevable l'objection d'incompétence; car il fallait bien s'y présenter pour y déduire

[4] Dirksen, observ. ad l. Gall. cisalp. p. 56-60.

[5] L. 2, § 2-5, L. 8, L. 28, § 1-4, L. 39 § 1, D. de judic. L. 28, § 4, ex quibus caus. maj. (4, 6). L. 32, § 9, de recept. (4, 8). L. 5, § 1, de const. pecun. (13, 5). L. 3 D. de legat. (50, 7).

[6] L. 2, § 3, 4, D. de jud.

[7] L'expression *forum prorogatum* a été empruntée à la L. § 2 D. de judic., quoique dans cette loi il s'agisse d'une prolongation de délai accordée à un *judex* par les parties.

[8] Le contraire ne résulte pas de la L. 2, § 1, D. de jud.

[9] Peu importe la manière dont on entendra la L. 18 D. de jurisd. Conf. Bach de prorog. jurisd. § 5, opusc. p. 416 sq. Voy. L. 29 C. de pact. (2, 3), dans laquelle Justinien attribue un effet plein et entier au simple pacte.

[10] L. 30, L. 52 pr. D. de jud. l'*editio actionis* ne suffirait pas V. L. 33 D. de jud. voy. Stockmann de jurisd. pror. § 3.

les motifs de son déclinatoire [11]. De là la règle que la *fori præscriptio* doit être opposée *in limine litis* [12]. A quelle époque devait-on se reporter pour savoir si le magistrat était incompétent à l'égard du défendeur ? A celle de la *vocatio in jus*. Peu importait que depuis lors le défendeur eût été placé sous une autre juridiction ; il suffisait qu'à ce moment il eût été soumis à la juridiction du magistrat devant lequel il avait été appelé [13].

§ XXVIII. — *Continuation.* — *Fora spéciaux.*

Jusqu'ici nous avons examiné la compétence en elle-même et abstraction faite de toute circonstance particulière. Mais la règle générale souffrait des exceptions, suivant la diversité des cas. Si, dans une convention, le lieu de l'exécution avait été déterminé, c'est là que l'exécution devait être demandée, là était le *forum* compétent [1]. La fixation du lieu de l'exécution avait des effets fort énergiques, relativement à la *condictio certi*. En effet, dans ce cas, le défendeur n'aurait pu être assigné même à son domicile, s'il n'était le lieu déterminé par la convention. Aussi, pour faciliter au demandeur l'attaque devant le magistrat du domicile du débiteur obligé par une *condictio certi*, on eut recours à une action arbitraire (prétorienne) [2], dite *de eo quod certo loco*, à une époque postérieure, où des principes plus larges et moins rigoureux avaient été admis. Quant aux *actiones incerti*, on a, dès l'origine, permis de les intenter indifféremment devant le magistrat du domicile réel ou devant celui du domicile conventionnel. Mais quand le lieu de l'exécution n'avait pas été désigné de manière à laisser le choix au créancier, il ne pouvait en être de même [3]. Quand on convenait d'un lieu pour l'exécution, on était censé consentir à admettre

[11] L. 2 init. D. si quis in jus voc. (2, 5). L. 5 D. de jud. (5, 1).
[12] L. ult. C. de except. (8, 36). L. 4 C. de jurisd. (3, 13). L. 29 C. de pact. (2, 3). Voy. § 97.
[13] L. 7 D. de jud. L. 19 pr. de jurisd. L. 2 C. eod.
[1] Hollweg, p. 36 et suiv.
[2] L. 19, § 4, D. de jud. conf. avec §§ 62 et 68.
[3] Hollweg, p. 47 et suiv.

la compétence de ce lieu ; c'était, sous le rapport de la compétence, comme si le contrat y avait été formé [4]. Les jurisconsultes romains pensaient, en effet, que dans toute obligation résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, il y avait consentement tacite de se soumettre à la juridiction du lieu où l'obligation avait pris naissance; cette présomption toutefois ne pouvait être invoquée, lorsqu'une intention contraire avait été exprimée ou résultait des circonstances [5]. — Quand le lieu du contrat coïncidait avec celui du domicile, la juridiction du domicile pouvait changer avec lui, mais celui du contrat restait obligatoire même pour les héritiers [6]. Cette prorogation tacite est le véritable sens de l'expression *forum contractus* [7]; l'autre expression, *forum gestæ administrationis*, n'est qu'une application [8], spéciale à une administration ou à une gestion d'affaires, du principe de la prorogation tacite.—Par là on n'entend pas se soustraire à la juridiction ordinaire, seulement il y a concours de deux juridictions [9]. La force obligatoire du contrat réside dans la nature génératrice d'action de ce contrat.

Quant au *forum reconventionis*, qu'en général nous n'admettons pas, voyez le § 100.

Lorsqu'un héritier était chargé de payer un fidéicommis par un testament qui était muet sur le lieu du paiement, il était permis à l'héritier, en vertu de constitutions impériales, de le payer à son propre domicile, ou au lieu de la situation de la plus grande partie des biens héréditaires : le fidéicommissaire ne pouvait toutefois le poursuivre que dans cette dernière localité [10]. Dans les mêmes lieux, probablement aussi en vertu

[4] Gaius, L. 3 D. d. reb. auct. jud. (42, 5). Julien, L. 21 de O. et A. (44, 7).

[5] L. 19, § 2, conf. avec § 1 D. de jud. L. 65 eod.

[6] L. 19 pr. eod. L. 2 C. de jurisd.

[7] Hollweg, p. 16 et suiv.

[8] L. 19, § 1. L. 36, § 1. L. 45 pr. de jud. L. 54, § 1, de proc. (3, 3).—L. 4, § 5, D. de edend. (2, 13). L. 1, 2 C. de ratio. (3, 21). Hollweg, p. 28.

[9] L. 2 C. de jurisd. L. 1, 2, 3 D. de reb. auct. jud.

[10] L. 50. — L. 52 D. de jud. L. un. C. ubi fideicommissum peti oporteat (3, 17).

de rescrits impériaux, l'héritier fidéicommissaire devait répondre aux créanciers du défunt [11]; c'est-à-dire dans le lieu de son domicile, ou devant celui de la situation des biens à lui restitués. Ni l'un ni l'autre de ces cas n'était donc un *forum contractus* [12].

A l'époque des jurisconsultes classiques, on trouve peu de traces d'autres juridictions spéciales [13]. D'après eux, celui qui avait le *jus revocandi domum*, lorsqu'il se trouvait à Rome, ne pouvait pas l'invoquer quand il était poursuivi pour un délit commis dans cette ville [14]; et lorsqu'il était attaqué à Rome par l'action *in rem* pour une chose qu'il y possédait, il est douteux qu'il ait pu l'invoquer. Julien dit qu'il en avait le droit, à moins qu'il n'en eût acquis la possession depuis sa présence à Rome; et cette opinion paraît avoir prévalu [15]. D'après ces mêmes jurisconsultes, il fallait défendre l'esclave coupable ou le donner en noxe là où il avait délinqué [16]. Un incident civil, ou un point litigieux civil connexe à une affaire criminelle, pouvait être jugé avec l'affaire criminelle [17]; et réciproquement, dans une affaire civile, on pouvait statuer *de calumnia* [18], comme nous avons vu, § 11, que pour des litiges civils connexes on nommait un même juge. Mais il était formellement défendu d'appeler quelqu'un, pour cause de connexité, devant une juridiction qui sans cela lui aurait été étrangère. En effet, la nomination d'un même juge pour plusieurs affaires suppose que ces affaires sont du ressort du même magistrat; mais elles n'étaient pas du même ressort, par cela seul qu'elles étaient connexes [19]. Il n'y avait que le *judex* de la situation qui pût

[11] L. 66, § 4, D. ad Sct. Treb. (36, 1).

[12] Hollweg, p. 32 et suiv.

[13] Hollweg, p. 52.

[14] L. 24, § 1, D. de jud.

[15] L. 24, § 2, L. 25 eod. Hollweg, p. 60.

[16] L. 43 de nox. act. (9, 4).

[17] L. 4, § 4, D. fin. reg. (10, 1). L. 1 C. de off. rect. (1, 40).

[18] L. 39, § 1, D. de lib. caus. (40, 12).

[19] C'est ce qui est très-bien établi par Bach, de causis conjunctis, dans opusc. n° VII.

envoyer en possession [20]. Quant aux actions réelles, on suivait, comme pour les personnelles, la règle *actor rei forum sequitur* [21].

§ XXIX.—*Principes nouveaux de compétence sous les empereurs chrétiens.*

D'après ce que nous venons de voir, il n'y avait, dans l'ancien droit, que trois sortes de *fora*, *originis*, *domicilii*, *prorogatum* : ce dernier comprenait le *forum contractus* et celui d'exécution. Voyons ce qui advint ensuite.

D'abord dans les circonstances où, avant les empereurs chrétiens, la connexité des affaires faisait nommer un seul juge, où par conséquent ces affaires connexes étaient du ressort du même magistrat, le magistrat devenu juge joignait ces mêmes affaires et les jugeait. Ce fut Constantin qui le premier ordonna la jonction des causes (*causæ continentia*) ; et même un rescrit impérial défendit de porter à divers *judices* ce qui pouvait être jugé par un seul. — Cependant il ne suit pas encore de là qu'un juge incompétent devenait compétent au moyen de cette jonction. — Une peine devait frapper celui qui contrevenait à cette défense, et spécialement celui qui demandait pour la propriété un juge autre que pour la possession [1]. Cette disposition de la L. 10 C. de jud. (3, 1) n'est probablement applicable qu'au cas où la possession devait être attribuée à l'occasion d'un litige sur la propriété, ainsi qu'on le voit à la L. 13 C. de rei vind. (3, 32) [2]. Constantin introduisit aussi une *præscriptio litis consortium*, du moins pour

[20] L. 12, § 1, D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. un. C. ubi de hered. (3, 20).

[21] Vat. fr. § 326, conf. avec L. 3, C. ubi in rem (3, 19). Ce n'est qu'à des actes de juridiction volontaire qu'a trait le § 232, des Vat. fr. L. 27, pr. de tut. et cur. (26, 5). L. 16, C. de præd. min. (5, 71).

[1] L. 2, C. Th. de judic. (2, 18), ou L. 10, C. de jud. (3, 1). Voyez là-dessus J. Goth. 1, p. 195 sq. Conf. Symm. x, ep. 41.

[2] L. 13, C. de rei vind. (3, 32). Bach, de caus. conj. l. c. p. 299 sq.

le cas où tous les cointéressés étaient soumis au même tribunal. Cette innovation fut supprimée ensuite par Julien, qui rétablit l'ancien droit (v. § 11); et Justinien vint ensuite confirmer cette suppression [3]. Valens et Valentinien [4] voulurent que l'interdit possessoire, pour cause de violence, fût donné là où la violence avait été exercée.

Le *forum rei sitæ* n'existait pas encore du temps de Dioclétien [5]. Quand celui qui possédait pour autrui était attaqué par l'action *in rem*, le véritable possesseur avait intérêt à figurer dans le procès [6] : il le pouvait donc ; mais Constantin décida qu'il y serait contraint. D'après la décision de cet empereur, celui qui possédait pour autrui, lorsqu'il était poursuivi, était obligé de nommer le *dominus*, et alors celui-ci était actionné devant le même juge, quand même il n'aurait pas été le juge de son domicile ; s'il ne comparaissait pas, on envoyait le demandeur en possession de la chose litigieuse, et alors le poids de l'attaque et de la preuve incombait au défaillant [7]. Ce furent Valentinien, Théodose et Arcadius qui, peut-être voulant généraliser la décision de Constantin, établirent les premiers, par une constitution, que l'action *in rem* pourrait être aussi (*sed et*) portée au juge de la situation [8].

Cependant il se pourrait que ces mots « ab eodem judicio » de la L. 13, eussent été interpolés.

[3] L. un. C. Th. de dominio rei, quæ poscitur, vel consortibus, etc. (2, 5). L. 1, C. de consort. ejusd. litis (3, 40). J. Goth. ad L. un. cit. I, p. 123 sq.

[4] L. un. C. ubi de poss. agi oporteat (3, 16), de l'an 366.

[5] V. Vat. fr. § 326, sur lequel paragraphe l'attention a été attirée par Heffter, Inst. p. 143, et par Schrader dans tüb. krit. Zeits. t. 1, p. 178. Voyez infra, note 8. Conf. aussi L. 1, § 1, L. 3, pr. D. de alien. jud. mut. causæ. La L. 38, D. de jud. ne fait pas antinomie. V. Hollweg, p. 74 et suiv. Heffter, Archiv. f. civ. Pr. t. 10, p. 203 et suiv.

[6] L. 1, C. ubi in rem actio exerceri debeat (3, 19). L. 49, pr. D. de jud.

[7] L. 2, C. ubi in rem, conf. avec § 85.

[8] L. 3, C. eod. Hugo, Rg. 8e édit. p. 770, 10e édit. p. 913, a déjà attribué à ces empereurs la règle du *forum rei sitæ*. Cette opinion a été ensuite soutenue par Hollweg, p. 53 et suiv., et par Heffter, Archiv. x,

Cette innovation n'atteignait pas la pétition d'hérédité, qui devait continuer à être portée au tribunal du domicile [9]; elle ne s'étendait même pas à une action réelle autre que la *rei vendicatio*, quoique la pratique soit peut-être allée jusque-là [10].

Les choses restèrent en cet état jusqu'à Justinien. Cet empereur, dans sa Novelle 69, et sans respecter les *privilegia fori*, ramena toutes les règles de compétence à ce principe unique : « que chacun est tenu de comparaître au tribunal du lieu où il s'est obligé, » c'est-à-dire du lieu où il a contracté, où il a délinqué, où par une injuste détention il a donné lieu à une action réelle et même à une action dirigée contre lui comme simple possesseur, ou enfin à une action personnelle ayant pour fondement un droit réel, telle que l'action *finium regundorum*. Le *forum rei sitæ* ainsi entendu a

2, n° 9. Avant Hugo, on pensait que ce *forum* était d'une date antérieure, et qu'il avait déjà son fondement dans le Digeste; on en exceptait tout au plus la pétition d'hérédité (L. 29, § 4, D. de inoff.) (5, 2), que Valérien et Gallien attribuent encore au *forum* du domicile, par opposition à la *missio in possessionem*, qui doit avoir lieu *in loco rei sitæ* (L. un. C. ubi de hereditate agatur, etc.) (3, 20); ailleurs, par conséquent, que pour l'envoi en possession, lorsque le défendeur a un domicile distinct de celui de la situation des biens héréditaires. Il est évident que, s'il faut admettre ce qui est dit pour la pétition d'hérédité par Valérien ou Gallien, comme une exception (Cujas, Parat. C. ubi de hered., et Heffter, Archiv. l. c. p. 203), la L. 3, C. ubi in rem ne contiendrait rien de neuf, et que le *forum rei sitæ* aurait déjà existé bien auparavant. D'autres auteurs ont vu dans cette L. un. C. une singularité propre à la pétition d'hérédité, pour laquelle il y aurait eu une espèce de *forum* double (conf. Bayer, Archiv. VI, 2, n° 8), d'où serait venu ensuite le *forum rei sitæ* de Valentinien. Mais il est plus rationnel de penser que le rescrit de Valérien et de Gallien signifie purement et simplement que la *missio in possessionem* sera accordée par le juge de la pétition d'hérédité, parce que le défendeur a son domicile dans le lieu de la situation. Voyez Hollweg, p. 63-65, et Hugo Rg. 10e édit. p. 913.

[9] En effet, il est parlé du *forum hereditatis* dans un titre particulier, qui suit immédiatement le titre 19 du livre 3 du Code, où il est question du *forum* de l'action *in rem*. Conf. Bayer, l. c.

[10] Hollweg, p. 62 et suiv. p. 66.

donc été basé sur la même idée que le *forum delicti* [11]. Quant à un *forum* de connexité, il n'en est pas question.

Enfin on est encore dans l'habitude d'admettre qu'il y eut des *fora* spéciaux établis sous les empereurs chrétiens; mais ce n'est pas exact. Il y eut seulement alors des magistrats spéciaux pour certaines affaires, par exemple les causes fiscales et ecclésiastiques, ou pour certaines classes de personnes; et ce n'était pas même une innovation, puisque déjà auparavant il y avait le *prætor fiscalis*, etc. Ce n'est pas en vertu d'une exception à la règle *actor rei forum sequitur*, que les *coloni* devaient actionner et être actionnés devant le *comes*, ou que le fisc devait actionner devant le magistrat fiscal; car il fallait que le *comes* ou le magistrat fiscal exerçât sa juridiction au domicile du défendeur. Nous avons donc déjà tout dit à ce sujet dans le précédent chapitre [12].

§ XXX. — *De la juridiction déléguée* [1].

Nous avons déjà vu, au § 26, que le magistrat puisait dans son *imperium* sa puissance et sa dignité. Il ne pouvait donc le transmettre à d'autres. Il en était autrement de la juridiction. Elle avait bien été conférée à certaines autorités par un principe d'ordre et d'hiérarchie; mais de même que les parties pouvaient attribuer juridiction à un magistrat qui n'était pas le leur, de même les magistrats pouvaient la transférer à d'autres, toutefois en tant qu'elle pouvait s'isoler de l'*imperium*. Cette faculté accordée aux magistrats de déléguer leur juridiction reposait sur l'esprit général des institutions romaines, *more majorum* dans le langage des jurisconsultes [2]. On ne doit pas

[11] Voyez aussi § 28, note 15.— Nov. 69, pr. c. 1, et à ce sujet Hollweg, p. 66-69.

[12] Au reste, on n'indique comme *fora* spéciaux que ceux des ecclésiastiques, des soldats, et le *forum miserab. personar.* qui ne devrait pas figurer ici. Voyez à ce sujet le § 31.

[1] Tit. D. de off. ejus cui mandata est jurisdictio (1, 21).

[2] L. 1, § 1, eod. « ... Verius est enim more majorum jurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire. » L. 5, D. de jurisd. (2, 1). A la fin de la L. 1, cit. Paul blâme

confondre cette délégation avec l'institution des autorités destinées à en suppléer d'autres, que nous rencontrons déjà du temps des rois. Nous entendons parler ici de cette juridiction que, dès l'origine [3], le préteur pérégrin, par exemple, déléguait au préteur urbain [4], et qui souvent était déléguée aux questeurs d'une province [5] par le gouverneur de la province ; nous parlons de cette juridiction qui, du temps de la république, était déléguée par un magistrat qui cependant ne s'absentait pas [6], même à des hommes privés. Cela est bien constant pour les temps postérieurs à la république ; les Pandectes nous en offrent plusieurs exemples [7]. Toutefois la juridiction spéciale n'avait jamais pu, et ne pouvait encore être déléguée que lorsque une loi le permettait expressément [8].

Le délégataire avait nécessairement la *judicis datio* [9] ; il était mis au lieu et place du déléguant [10] ; par conséquent, l'appel contre les décisions du délégataire ne se portait pas devant le déléguant, mais devant celui qui eût dû connaître de cet appel si le magistrat déléguant avait lui-même connu de l'affaire [11]. En un mot, on appliquait à la délégation tous les principes du mandat [12]. Quant au légat du proconsul, il y avait une règle particulière : celui-ci avait une juridiction qui lui était propre ; mais il ne l'exerçait qu'en vertu d'une délégation du proconsul,

seulement de ce qu'on ne veut pas attribuer au délégataire la *modica coercitio*, partie de l'*imperium* qui ne peut jamais être détachée de la *jurisdictio*. Conf. L. 5, § 1, D. eod.

[3] Cic. ad fratr. ep. 1.

[4] Liv. XXIV, 44. Capit. Marc. c. 12.

[5] Cic. in Verr. de div. 17. Suet. Cæs. 7. Cic. epist. II, 15.

[6] Cela résulte de la L. 1, pr. D. h. t.

[7] L. 5, § 1, L. 3, D. h. t.

[8] L. 1, pr. D. h. t. Conf. L. 8, pr. D. de tut. dat. (26, 5) avec L. 6, § 2, D. de tutel. (26, 1) ; L. 8, § 18, avec pr. D. de trans. (2, 15). L. 2, § 1, D. h. t.

[9] L. 12, § 1, D. de jud. Il n'y a pas antinomie dans L. 5, C. de judic. Voy. Noodt, de jurisd. II, 1.

[10] L. 1, § 1. L. 3, D. h. t. L. 16 de jurisd. (2, 1).

[11] L. 1, § 1, D. quis a quo app. (49, 3).

[12] L. 5, pr. D. h. t. L. 5, 6, 16, 17, D. de jurisd. (2, 1).

que celui-ci pouvait lui refuser [13] : si le légat la recevait, il avait une *mandata jurisdictio;* une fois accordée, elle ne pouvait être révoquée par le proconsul, elle ne pouvait l'être que par l'empereur [14]. Le proconsul pouvait aussi déléguer à son lieutenant une partie de ce qui constituait son *imperium* proprement dit [15].

La faculté de déléguer offrait au magistrat consciencieux le moyen de s'abstenir de la juridiction dans certains cas [16]. De cette manière, il pouvait parer à l'inconvénient résultant de ce que le droit de récusation était fort rare (§ 31), et de ce que le magistrat n'était presque jamais incapable [17]. Il n'y a eu de dispositions précises à ce sujet, que sous les empereurs chrétiens [18]. Alors le magistrat étant en même temps juge, la multiplicité des affaires dut souvent donner lieu à la délégation [19]; ce qui est, à cette époque, le sens de cette expression : *donner un juge.* D'un autre côté, les magistrats supérieurs pouvaient se décharger sur leurs *vicaires* d'une grande partie de leurs fonctions.

§ XXXI. — *De la récusation des magistrats.*

D'après ce que nous venons de voir, le magistrat pouvait bien échapper à certaines affaires qui étaient de sa compétence, au moyen de la délégation; mais les parties ne pouvaient éviter

[13] Pomponius, L. 13 D. de off. proc.

[14] Rubr. et L. 13, D. de off. proc. et leg. (1, 16). L. 12, § 1, de jud.

[15] L. 6, pr. D. de off. proc. Il faut aussi appliquer au légat du proconsul la L. 4, § 1, D. h. t. Conf. L. 4, pr. D. eod.

[16] L. 17, D. de jurisd.

[17] Par exemple, lorsque l'affaire intéressait lui ou les siens, L. 10, D. de jurisd. Un édit de 378, qui forme la L. un. C. ne quis in sua causa (3, 5), défend expressément et sans exception (*generali lege decernimus*) à un juge de prononcer dans sa propre affaire : or à cette époque le magistrat était juge.

[18] Voy. la constitution de la note précédente et la L. C. Th. de postul. (2, 10), qui forme le commencement et la fin de la L. 6, pr. C. de post. (2, 6).

[19] L. un. C. qui pro sua jurisd. (3, 4). L. 8, C. Th. de off. proc. 1, 12).

sa juridiction, s'il ne le voulait pas [1]. Il ne devint possible de décliner son juge ou magistrat que peu avant, ou sous les empereurs chrétiens [2], et encore fallait-il pour cela une permission de l'empereur. Voici ce qui fut décidé à cette dernière époque :

1° Sur la demande de l'une des parties, et en vertu d'un rescrit de l'empereur, une affaire pouvait être attribuée à un juge extraordinaire, juge étranger à la juridiction régulièrement établie, commissaire spécial [3]. On exceptait cependant le cas où l'une des parties avait le privilége de ne jamais pouvoir être distrait de ses juges, comme les soldats dans les provinces [4], les *navicularii* de l'Orient [5], les prêtres ou les *curiales* [6], ou lorsqu'il y avait *continentia causæ* (§ 29);

2° Une affaire pouvait être renvoyée d'une juridiction civile à une juridiction militaire [7];

3° Enfin une affaire pouvait être jugée par l'empereur lui-même (*principis comitatus*) [8]. Les pupilles, les veuves, les malades et les infirmes pouvaient être dispensés de l'obligation de paraître devant l'empereur par suite d'une telle évocation, et ce d'après une constitution de Constantin; mais ces mêmes

[1] Schulting, de recus. jud. c. 6, § 5-15, dans Acad. quæst. t. 1, p. 71-90.

[2] On trouve déjà dans Paul, V, 5 a, § 1, des juges « qui ab imperatore extra ordinem petuntur » (conf. L. 6, C. Th. de jurisd. (2, 1)). Mais ce n'est peut être qu'une addition faite à Paul postérieurement. Constantin, déjà en 334, dans une constitution citée à la note 9 infra, suppose déjà qu'une affaire pouvait être renvoyée au *principis comitatus*.

[3] L. 1, C. Th. de dilationib. (2, 7), ou L. 2, C. eod. (3, 11) : « Si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit. » L. 7, C. Th. de navic. (13, 5). — « Ne ex rescripto nostro ad extraord. judicem evocentur. » Conf. la note précédente, et sur la L. 6, C. Th. Voy. Lœhr Übersicht, I, p. 74 et suiv. note 6.

[4] Voy. § 25, note 7.

[5] L. 7, C. Th. cit.

[6] L. 60, C. Th. de dec. (12, 1).

[7] L. 9, C. Th. de jurisd. (2, 1), — « sine cœlesti oraculo. » L. 5, § 1, C. eod. (3, 13).

[8] L. 2, C. Th. de off. omn. jud. (1, 10). Conf. Cass. Varia IV, 40. J. Goth. ad L. 2, cit. I, p. 65.

personnes (*fortunæ injuria miserabiles*) pouvaient obtenir de l'empereur le droit de traîner leur adversaire devant lui [9]. Les motifs d'évocation à l'empereur étaient entièrement abandonnés à sa sagesse : il pouvait, par exemple, se laisser déterminer par la considération que l'impétrant avait pour adversaire un homme puissant [10], que le juge était son ennemi [11]. On fait le reproche à l'empereur Valentinien d'avoir refusé l'évocation à un citoyen, quoiqu'il eût beaucoup à se plaindre de l'inimitié de son juge ordinaire [12].

On a pensé que Zénon avait publié une constitution sur la *recusatio judicis ;* mais il est plus exact de dire que cette constitution n'avait trait qu'à un motif d'incompétence [13]. Quant à Justinien, il déclare qu'il est *apertissimi juris* qu'on peut récuser des juges délégués, pourvu que ce soit avant la *litis contestatio* [14]; il fixa même des règles pour procéder à cette récusation [15]. Ainsi la récusation doit être notifiée par écrit au juge même qu'on veut récuser, quoique nommé par l'empereur : s'il n'est pas présent, on doit faire insérer sa récusation dans les actes du juge ordinaire. Faut-il déduire ses motifs? C'est ce qu'il ne dit pas. Après quoi, dans le délai de trois jours, les parties doivent s'entendre sur le choix de un ou plusieurs *arbitri ;* si elles ne peuvent tomber d'accord, le juge ordinaire les désignera : ces *arbitri* prendront la place du juge délégué qui a été récusé [16]. Justinien permet aux parties qui ne veulent pas de

[9] « Præsertim cum alienjus potentiam perhorrescant. » L. 2, C. Th. cit. de l'an 334, ou L. un. C. quando imp. inter pupillos. Cassiod. Varia IV, 8 et 9.

[10] Voyez la note précédente et Nov. Mart. 1.

[11] Amm. Marcell. XXVII, 7.

[12] Amm. Marc. l. c.

[13] L. (rest.) 12, C. de jud. Voy. Cujas, Obs. IX, 20. — C'est aussi ce sens qu'a le mot *recusare* dans la L. ult. C. de sent. et interl. (7, 45).

[14] L. 16, init. C. de jud. L. ult. C. cit. L. 4, C. de jurisd. omn. jud. où les mots « post litem contestatam » sont une interpolation de Justinien. J. Goth. ad L. 6, C. Th. de jurisd. 1, p. 95.

[15] Schulting, l. c. c. 11, et c. 12, § 1-4.

[16] L. 16, 18, C. de jud. (3, 1). Voyez aussi Nov. 53, c. 3. Nov. 96, c. 2.

l'*arbiter* choisi par le préfet du prétoire, de se faire juger par le préfet du prétoire lui-même [17]. Plus tard cet empereur a encore accordé aux parties le droit [18] d'exiger l'adjonction d'un juge au magistrat, même lorsque c'était un magistrat supérieur [19], spécialement d'un évêque [20] au président de la province.

[17] L. un. C. ne liceat in una (7, 70).
[18] Schulting, c. 6, § 7, 11, 14.
[19] Nov. 13, c. 2.
[20] Nov. 86, c. 2.

DEUXIÈME PARTIE.

DES ACTIONS, DES MOYENS DE DÉFENSE, DES RESTITUTIONS EN ENTIER.

CHAPITRE PREMIER. — DES ACTIONS.

PREMIER TITRE. — DES ACTIONS EN GÉNÉRAL.

§ XXXII. — *Des actions de la loi*[1].

Les plus anciennes manières de procéder en justice chez les Romains portaient la dénomination technique de *legis actiones*, ainsi que nous l'apprend Gaius. Avant ce jurisconsulte, on connaissait déjà l'expression *legis actiones*, et cette autre, *lege agere*. On entendait par là des formalités composées d'actes symboliques et de paroles solennelles émanés des deux parties[2] (*agere* et *dicere*, *actiones* et *aitiones*), qui servaient à introduire un litige devant le magistrat. C'est par extension que l'expression *legis actio* était employée pour exprimer qu'un magistrat était compétent pour une action de la loi[3]. —*Habere legis actionem* signifie donc qu'un magistrat était capable de présider à une action de la loi proprement dite, et même à une action feinte imitée d'une action de la loi. —*Legitima actio* est synonyme de *legis actio*.

Les *certæ solemnesque actiones*[4] qui, dans Pomponius, sont

[1] Dupont, p. 14-38. — I. Fr. Leonh. van Hasselt de legis actionibus, Groningæ, 1824, 8o. — F. C. Olsen de legis actionibus, part. 1. Havniæ, 1825, 8o. Part. 2, ib. 1827. — Hugo Rg. p. 270 et suiv.

[2] Les deux parties *lege agunt*; voy. § 39 et suiv.

[3] Hugo, p. 270.

[4] L. 2, § 6, D. de O. J.

signalées comme ayant été calquées sur les XII Tables, ne sont pas une émanation immédiate de cette loi; car les formulaires étaient l'œuvre, soit des pontifes, soit des commentateurs qui vinrent ensuite; seulement elles peuvent avoir eu leur base dans cet ancien monument de législation, ou, si elles avaient été déjà introduites par l'usage, y avoir reçu leur consécration; en effet, un chapitre de cette loi leur était relatif [5]. Plus tard, des lois en ont augmenté le nombre, et ont fixé d'une manière plus exacte certaines d'entre elles. Au reste, il peut se faire que le nom de *legis actiones* leur soit venu de ce qu'elles découlaient de la loi, ou de ce que la manière de les énoncer était prescrite avec tant de rigueur, qu'une simple méprise avait pour résultat la perte du droit que l'on avait voulu faire valoir [6].

Legis actio était le nom générique de toutes les formalités de procédure employées pour arriver à la réalisation d'un droit; mais chacune de ces formalités diverses prenait un nom spécial, tiré du caractère qui lui était propre [7]. Ainsi il y avait cinq actions de la loi différentes, savoir : *sacramenti actio*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manus injectio* et *pignoris capio* [8]. Cette dernière seule a donné lieu à quelques doutes sur la question de savoir si on devait la classer parmi les actions de la loi : ces doutes étaient fondés sur ce que, quoiqu'elle dût commencer par des paroles solennelles, ces paroles n'étaient pas prononcées devant le magistrat, et ne l'étaient pas même toujours en présence de l'adversaire, ce qui cependant a lieu dans toutes les autres actions [9].

Quant à l'ordre dans lequel se placent les actions de la loi, il est évident qu'il n'est pas chronologique [10]. En effet, la *condictio* n'a été introduite qu'après la loi des XII Tables;

[5] Dirksen, XII, Taf. p. 102 sv. p. 118, p. 702.
[6] Gaius, IV, 11.
[7] Hollweg, Zeitsch. f. g. Rw. t. 5, p. 374, note 33.
[8] Gaius, IV, 12.
[9] Gaius, IV, 29. Voy. infra, § 49.
[10] Hug. p. 271.

d'un autre côté, la *manus injectio* était déjà connue du temps de la loi des XII Tables [11]. Ainsi, il faut reconnaître qu'en les rangeant dans l'ordre ci-dessus indiqué, on s'est fondé sur d'autres considérations. D'après nous, la *legis actio sacramenti* est la première parce qu'elle est la plus générale, parce qu'elle s'applique à toutes les affaires pour lesquelles une forme spéciale n'a pas été déterminée, les autres actions n'étant appliquées qu'exceptionnellement [12]. La *condictio* vient à la suite de la *judicis postulatio*, parce qu'elle est plus récente que cette dernière, laquelle se trouvait déjà en substance dans la loi des XII Tables. La *manus injectio* vient après la *condictio*, parce qu'elle est le premier moyen d'exécution, un moyen de réaliser un droit déjà reconnu, à l'abri de toute contestation. Puis la *pignoris capio* ne se trouve que la cinquième, à cause de sa nature particulière : c'était en effet une voie expéditive employée pour faire valoir des droits liquides. C'est par suite des mêmes idées que chez nous on a placé après les règles de procédure ordinaire les moyens d'exécution.

§ XXXIII. — *Des actions de la loi.* — *Des formules.*

La *legis actio* ne faisait qu'imprimer un caractère et donner une direction aux moyens de parvenir à constater la vérité des prétentions [1], de même que plus tard les formules ne servaient qu'à préparer un *judicium*. Aucune des phases de la procédure des actions de la loi ne comprend le *judicium*. Cela est surtout bien évident pour les litiges qui étaient soumis à des centumvirs ; car, avant qu'ils fussent portés à leur examen et à leur jugement, il fallait remplir devant le magistrat les formalités de la *legis actio sacramenti* (voy. § 35 et suiv.). Sous le système des actions de la loi, le *judicium* était donc aussi distinct de la *legis actio* qu'il le fut, sous le système formulaire, de la procédure *in jure*. Mais le système formulaire se distingue de

[11] Gaius, IV, 19, 20 et 21.
[12] Gaius, IV, 13, conf. IV, 21 init.
[1] Keller, p. 3.

celui des actions de la loi [2], en ce que dans ce dernier seul il y avait des actes symboliques, et en ce que les formules qui y figuraient avaient un caractère tout particulier. En effet, ici les formules étaient orales, étaient prononcées par les parties devant le magistrat, et il n'était pas toujours nécessaire qu'il y eût un juge nommé. Dans l'autre système, au contraire, les formules étaient bien rédigées d'après ce qu'avaient exposé les parties, mais elles l'étaient par le magistrat et par écrit, pour être transmises au juge qui devait instruire l'affaire et juger. Il y avait bien sous le système formulaire des formes desquelles pouvaient se servir les parties dans leur exposé devant le magistrat; mais l'emploi de ces formes rigoureuses n'était pas nécessaire, et d'ailleurs n'était que rare: il n'avait pas lieu pour toutes les actions; et, dans tous les cas, il n'en était ainsi que dans l'enfance de cette procédure.

Les *legis actiones*, formes de procéder se rattachant au berceau de Rome et appropriées seulement au droit civil romain, ne pouvaient servir qu'entre citoyens; d'un autre côté, le système formulaire ne fut introduit que par la loi Æbutia, et ensuite par deux lois Juliæ [3]. Or, comme, avant ces lois, les Romains étaient en rapport avec les pérégrins, on se demande comment se réglaient alors les procès entre les uns et les autres [4]. Nous ne connaissons que les récupérateurs qui aient pu remplir cette lacune; nous croyons donc que, dans ce cas, il y avait des *judicia recuperatoria*, au moyen de formules; que par conséquent le mode formulaire existait déjà bien avant qu'il eût entièrement pris la place du système des actions de la loi par suite des lois que nous venons d'indiquer. En outre, lorsque parut la loi Æbutia, il y avait un grand nombre de cas où les citoyens romains eux-mêmes recouraient aux formules pour ne

[2] Durol, dans les Archiv. f. civ. Pr. t. 6, no 14, p. 259, note 26, commet plusieurs erreurs sur les rapports entre les actions de la loi et les formules. Voy. Keller, p. 3-5.

[3] Heffter ad Gaium. obs. VIII.

[4] Huschke, l. c. p, 216-220. Stahl, l. c. p. 31.

pas se heurter contre les écueils dont était hérissée l'ancienne procédure [5]. C'est ainsi qu'on peut comprendre comment il se faisait que, avant Cicéron et de son temps, il y avait un grand nombre d'actions non civiles, et de formules qui leur correspondaient, qui ne devaient pas leur origine à une loi, mais à l'autorité des magistrats ayant juridiction (*imperio magistratus continentur*).

§ XXXIV. — *Legitima et imperio continentia judicia.*

Ce n'est que par Gaius que nous connaissons la différence entre les instances légitimes et celles qui *imperio continentur;* il la signale encore comme étant de son époque [1], sans cependant nous donner des raisons fondamentales de cette différence. Il est évident que cette différence ne peut s'expliquer que d'une manière historique et en remontant à des temps fort reculés. D'abord on ne doit pas confondre les *legitima judicia* avec les actions de la loi [2]. Dans les *judicia legitima*, comme dans les *imperio continentia*, on procède par formules; mais dans ces derniers on se réfère au droit honoraire, comme d'ailleurs l'indique déjà la dénomination ; tandis que dans les premiers il y a ordinairement relation avec l'ancien droit civil: c'est dans ce sens que l'opposition entre les uns et les autres est signalée dans Cicéron, qui distingue les *judicia legitima* des *arbitria honoraria* [3].

[5] Gaius, IV, 11.

[1] Gaius, IV, 103. III, 181, conf. avec IV, 108.

[2] Gaius, I, 184. IV, 107. Ulp. XI, 24, 27.

[3] Cic. pro Rosc. C. c. 5. Or. partit. c. 12. Heffter (ad Gaium, p. 19 sq.) interprète, ainsi qu'il suit, ces expressions de Cicéron : *sine lege*, *legitima judicia.* Dans le premier cas, il s'agirait des actions nées, depuis la loi Æbutia, du droit des gens et de l'interprétation; dans le second, des actions nées de la loi. Il ne faudrait pas, d'après lui, confondre ces expressions avec ces autres : *legitima* et *imperio continentia judicia* de Gaius, dont la différence ne se serait produite que depuis la loi Julia. Les *judicia sine lege* de Cicéron auraient eu lieu aussi à Rome et devant un seul *judex.*

Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est ce passage de Cicéron de

Quoi qu'il en soit, Gaius appelle *legitima judicia* les instances qui avaient lieu à Rome, et dans le rayon d'un mille, devant un seul *judex* et entre citoyens romains. Les instances qui étaient suivies hors de Rome, les *recuperatoria judicia*, et même les *judicia* qui étaient suivis à Rome devant un juge pérégrin, ou entre deux parties dont l'une était pérégrine, s'appelaient *judicia imperio continentia*[4]. Les *legitima judicia* nous rappellent donc l'antique procédure bornée au territoire de la ville de Rome. Très-probablement on ne comprenait par là que les actions tendant à faire valoir des droits pour lesquels il avait fallu jadis une *legis actio*, par opposition aux actions qui n'avaient pris naissance que dans l'autorité du magistrat. Cette manière d'envisager les *legitima judicia* viendrait donner de la consistance à l'opinion que les *recuperatoria judicia* n'ont eu lieu d'abord qu'entre pérégrins, que, dans l'origine, les citoyens ne pouvaient recourir à ces derniers; que par conséquent ces *judicia* ne doivent leur existence qu'au droit honoraire. Cette hypothèse n'empêche pas toutefois d'admettre que peu à peu cet ancien état a changé, qu'il en a été autrement plus tard, de même que plus tard l'instance devant un seul juge est devenue possible dans les provinces, et qu'il ne fut plus nécessaire que les parties, pour obtenir un *judicium* conforme au droit civil [5], eussent la qualité de citoyen. Mais les magistrats, pour étendre ainsi le droit civil à des non-citoyens, devaient avoir recours à des fictions, ce qui était d'ailleurs dans leur manière de faire chaque fois qu'ils voulaient, d'une façon quelconque,

off. III, 15, dans lequel il est dit que le *dolus*, en partie « *legibus erat vindicatus* » (par exemple par la loi des XII Tables, par la loi Plætoria), en partie « *sine lege, judiciis, in quibus additur ex fide bona.* » Mais cette fin signifie seulement *dans toutes les actions de bonne foi*, sans qu'il y ait besoin pour cela d'une loi. Et quand même on effacerait la virgule qui suit le mot *lege*, il n'en résulterait pas pour cela qu'il y avait des *judicia sine lege*. Cela est d'autant plus vrai que ces actions de bonne foi, ou les *arbitria* du c. 17, ibid., sont aussi des *legitima judicia*. Cicéron du moins ne dit pas le contraire.

[4] Gaius, IV, 104, 105, 109.

[5] Cic. Verr. II, 13.

donner au droit civil de l'extension. Aussi est-ce pour cela que le *judicium imperio continens* ne pouvait produire contre le droit civil des effets dissolvants qu'au moyen d'une exception [6]; que l'adjudication qui avait lieu dans un semblable *judicium* ne pouvait transférer que la propriété prétorienne; tandis que, dans le *legitimum judicium*, elle transférait la propriété quiritaire [7]. Le texte de Gaius suppose bien que des actions *in factum* peuvent être des *legitima judicia*, et qu'une action civile peut être *imperio continens*; cela peut se concevoir [8]: en effet, une action dérivant de la loi pouvait être appliquée à des pérégrins, au moyen d'une fiction, et alors être *imperio continens*; telle est l'action tirée de la loi Aquilia [9]; et de même le préteur pouvait créer une formule pour un cas régi par l'ancien droit

[6] Gaius, III, 181. IV, 106, 107.

[7] Vat. fr. § 47, conf. avec L. 44, § 1, D. fam. ercisc. (10, 2). Huschke, p. 252. Keller, p. 115, note 6.

[8] Gaius, IV, 109. Keller, p. 112, note 1, dit, sans doute avec raison, que la division des actions en *legitima judicia* et *imperio continentia* ne doit pas être confondue avec la division des actions en actions de droit civil et actions de droit prétorien. Mais il ne répond pas à cette question: Comment peut-il se faire qu'une action purement prétorienne puisse donner lieu à un *judicium* purement civil?

(C'est à cette question que répond Zimmern dans le texte, à la suite de l'indication de cette note 8. Mais il résulterait de cette réponse que toutes les actions prétoriennes qui avaient lieu à Rome, devant un *judex* romain et entre citoyens romains, n'étaient pas des *legitima judicia*, puisqu'il n'en aurait été ainsi que pour les actions feintes; que, d'un autre côté, toutes les actions civiles qui avaient lieu entre citoyens romains, hors de Rome, devant un *judex* romain, devaient être *legitima judicia*. Or les §§ 103-105 du Commentaire IV de Gaius sont généraux. On ne pourrait donc admettre l'opinion de Zimmern qu'en ajoutant: « Dans l'origine, il n'y avait d'instances qu'à Rome, les unes civiles, pour les Romains, les autres prétoriennes, pour les pérégrins. Le droit civil n'ayant été fait que pour Rome, toute instance des provinces ne pouvait être que prétorienne, même entre citoyens romains, puisque là le droit prétorien seul était applicable. Si, dans la suite, il en fut autrement, on ne conserva pas moins les anciens principes des *imperio continentia judicia* pour toutes les instances qui avaient lieu hors de Rome ou de la banlieue. » E.)

[9] Gaius, IV, 37 fin.

civil, par exemple, pour le vol : elle était prétorienne quant à la forme, et cependant *juris civilis*, parce qu'elle avait son fondement dans la loi des XII Tables [10]. L'une des loi Juliæ peut avoir influé sur cette différence entre les *judicia*; mais elle ne peut l'avoir fait que d'une manière fort indirecte, quoiqu'elle ait limité la durée des *legitima judicia*. En effet, de tout temps les *judicia imperio continentia* ne pouvaient survivre à l'*imperium* du magistrat qui les avait accordés ; la loi Julia ne fit donc que réduire à dix-huit mois la durée des *judicia legitima*, qui auparavant n'avaient pas de limites (v. § 128). Du temps d'Ulpien, il est encore fait mention des *legitima judicia* [11] : l'opposition entre ceux-ci et les *imperio continentia* dura sans doute autant que le système formulaire.

§ XXXV. — *Des actions de la loi depuis la loi Æbutia* [1].

La loi Æbutia supprima les actions de la loi, excepté pour les cas où le litige devait être porté devant les centumvirs [2].

[10] Gaius, IV, 45, f. Conf. avec IV, 37. Voy. L. 27, D. de R. J.

[11] Voyez note 2.

[1] Heffter, Obs. VII. Hübbe, de except. rei jud. § 3.

[2] C'est ce que nous apprend Aulu-Gelle, XVI, 10 : « Omnis illa XII Tabularum antiquitas, *nisi in legibus actionibus centumviralium causarum*, lege Æbutia lata, consopita. » Conf. Gaius, IV, 30, 31. — Tout ce qu'on peut dire sur la date de cette loi, c'est qu'elle est antérieure à Cicéron. En effet, nous trouvons chez lui l'indication des formules les plus diverses, même pour les *judicia legitima*; ce qu'il nous apprend des formules ne se réfère donc pas seulement aux cas où, avant la loi Æbutia, il y avait des formules. Heffter (l. c. p. 22 et suiv.) place cette loi au commencement du septième siècle, parce que la loi Calpurnia, qui a introduit une *actio sacramenti* pour les pérégrins et les *socii*, est de l'année 605 (frag. leg. Servil. ed. Klenze, c. 8, l. 23, avec c. 22, l. 73) : or il n'est pas probable, dit-il, qu'on aurait établi une action *sacramenti* pour les pérégrins et les *socii* depuis la loi Æbutia. Mais pourquoi pas, s'il s'agissait d'une cause centumvirale? En outre, il n'est pas bien clair que le *sacramento agi* de la loi Servilia soit un *judicium privatum*. En effet, il s'agissait ici d'une procédure se référant à un *publicum judicium* (Dirksen Beytræge, p. 207 et suiv.), et l'on ne peut par conséquent rien en conclure pour une procédure purement privée : d'un autre côté, il est certain qu'on aurait pu recourir pour un

Les lois Juliæ, qui vinrent après, ont probablement plutôt organisé la procédure formulaire qu'elles n'ont supprimé l'ancien système. Cependant la *manus injectio* et la *pignoris capio* existèrent jusqu'aux lois Juliæ [3]. Gaius [4] ne parle plus que de deux cas dans lesquels, de son temps encore, on agissait par la *legis actio*, savoir : pour la *cautio damni infecti* [5], et pour le *centumvirale judicium*. Il ajoute toutefois que, pour le premier cas, on préférait recourir à l'édit du préteur, qui offrait une voie plus commode et plus satisfaisante. Pour le *centumvirale judicium*, on employait la *legis actio sacramenti* [6]. C'était avec cette même *legis actio* qu'on revendiquait : et précisément les *vindiciæ*, qui sont propres à cette action de la loi, se rencontrent encore à cette époque [7]. Ce fut la *sacramenti actio* qui se conserva le plus longtemps. Combien de temps depuis Gaius ? Nous n'en savons rien ; mais elle ne put survivre à la chute du tribunal centumviral.

§ XXXVI. — *Des causes centumvirales* [1].

Dès l'origine, on ne pouvait porter devant les centumvirs

tel cas à un *judicium recuperatorium*; il n'y avait donc pas besoin d'une *legis actio*. Voy. § 37, note 11. Il ne résulte pas non plus de Gaius, IV, 31, que la compétence du préteur pérégrin pour les causes centumvirales soit antérieure à la loi Æbutia, car : 1° la loi Æbutia n'a pas créé les *judicia centumviralia*, elle les a trouvés existant; 2° il est possible que le préteur pérégrin n'ait été mis en rapport avec les centumvirs que par une loi Julia, pour ouvrir aux pérégrins, au moyen d'une fiction, l'accès du tribunal centumviral.

[3] Voy. § 48, in fine. — Heffter, p. 18 et suiv. p. 25 et suiv. Hübbe, p. 19-21.

[4] Gaius, IV, 31.

[5] Heffter a tenté de remplir la lacune de Gaius, l. c. Que pour le *damnum infectum* on ait agi *sacramento*, c'est ce que le texte ne prouve pas à lui tout seul; c'est du moins ce que pense Hübbe, p. 13, p. 17 f.

[6] Gaius, IV, 95, 31. Cic. de or. I, 38. Valer. Max. VII, 7, n° 2. Voy. § 38 et suiv.

[7] Gell. XX, 10.

[1] Noordkerk de lege Petronia, c. 2, § 18, p. 64-69. Zepernik ad Siccama, p. 230-277. Bethmann-Hollweg über die Comp. des Cviralgerichts,

que les causes qui s'introduisaient par la *sacramenti actio* [2]. En effet, pour la *judicis postulatio* et pour la *condictio*, on nommait un *judex*; et la *manus injectio*, ainsi que la *pignoris capio*, n'étant que des voies d'exécution, n'étaient pas susceptibles d'être portées au tribunal centumviral. Du temps du système formulaire, ce fut encore la *sacramenti actio* qui fut appliquée aux causes de leur compétence; car une formule proprement dite [3], une instruction déterminée, ne pouvait leur convenir; une telle gêne n'aurait pas été en harmonie avec la liberté de procéder dont ils jouissaient [4].

Mais de ce que toute action portée devant les centumvirs avait lieu par la *sacramenti actio*, il ne faut pas en conclure que toute *sacramenti actio* était de leur compétence. Dans quels cas donc allait-on devant les centumvirs? Nous avons déjà fait remarquer qu'on ne leur soumettait que des affaires civiles, et, en outre, que la procédure des actions de la loi n'était suivie qu'à Rome et entre citoyens romains. — Il ne faudrait pas toutefois tirer de là cette conséquence, que la compétence des centumvirs ne se soit pas plus tard étendue au delà de Rome, dans les provinces, et sur des pérégrins. — Ce qui est bien certain, c'est qu'une action introduite par le *sacramentum* ne fut portée devant un seul *judex* que depuis la loi Pinaria [5].

dans Zeitsch. t. 5, n° XI. — Hugo, Rg. p. 624 et suiv. Heffter ad Gaium, p. 32 sq. — Tigerstrœm, p. 211 et suiv.

[2] Heffter ad Gaium, p. 6.

[3] Gaius, IV, 95.

[4] Cic. de orat. I, 38, 56. Quinct. I, O. IV, 2, § 5. Hollweg, p. 363, note 11. De ces passages, il ne suit pas cependant que les centumvirs ne se soient occupés que de questions de droit. Voyez § 16, note 8, où l'on voit qu'ils s'occupaient aussi de questions de fait. D'un autre côté, des questions de droit étaient aussi soumises aux juges privés. V. § 130. D'après le § 9, note 9, et Zepern. note *a*, ad Siccama, II, 4, il ne faut pas appliquer ici le passage de Sénèque, de benef. II, 7.

[5] Peu importe que l'on écrive *nunquam*, Gaius, IV, 15, avec van Hosseit de legis actionibus, p. 51, et Hübbe de except. rei judic. p. 4, ou mieux *nondum* avec Heffter (*ante eam legem nondum dabatur judex*).

(M. Blondeau a proposé d'écrire *statim*. D'après cette leçon, le juge

Mais, avant cette loi, les actions étaient-elles portées devant les centumvirs? ou plutôt n'étaient-elles pas jugées par le magistrat lui-même [6]? Il faut voir, en outre, dans quels cas, depuis la loi Pinaria, on accordait un *judex*, dans quels cas on appliquait les anciens principes.

Comme les actions personnelles qui tendaient à un *dare* avaient lieu en partie par la *sacramenti actio*, avant la *condictio*, il est possible qu'alors de telles actions personnelles aient été portées devant les centumvirs [7], et que la loi Pinaria n'ait eu pour but que d'opérer un changement à ce sujet, en exigeant qu'il y eût un *judex* [8]. Cette loi Pinaria elle-même a été suivie des lois qui ont introduit la *condictio* pour l'action tendant à un *dare;* ici aussi on allait devant un juge, mais en suivant une procédure beaucoup

qui, avant la loi Pinaria, était donné de suite dans l'action *sacramenti*, ne l'aurait plus été, depuis cette loi, qu'après trente jours. L'action *sacramenti*, pour un droit d'obligation, aurait donc pu donner lieu à la nomination d'un juge, même avant la loi Pinaria. Il est, sans doute, aussi raisonnable d'admettre cette opinion que celle de Zimmern. Que le lecteur choisisse. E.)

[6] Voy. aussi Unterholzner, tüb. cr. Zeitschr. IV, p. 206 et suiv.

[7] Heffter, pour prouver que les actions personnelles étaient de la compétence des centumvirs, se fonde sur le passage de Cicéron indiqué à la note 4, où l'on trouve que les *jura nexorum* étaient de leur compétence: mais cette preuve est bien faible; car *nexum* comme le *mancipium* conférait la propriété, et dans tous les cas il ne donnait pas d'action tendant à un *dare*.

[8] Gaius parlait au moins des actions personnelles, § 15 du Commentaire IV; car en commençant le § 16 par ces mots : *si in rem agebatur*, il fait opposition à ce qu'il venait de dire. Or, il mentionne positivement le tribunal centumviral, à l'occasion des actions réelles, à la fin du § 16; il est donc probable que pour les actions personnelles il avait parlé du tribunal centumviral avant le § 15.

(Ce raisonnement de Zimmern ne me paraît pas du tout concluant : d'abord parce que Gaius pourrait fort bien avoir parlé du tribunal centumviral, en s'occupant des actions réelles, sans en avoir parlé pour les actions personnelles; ensuite parce que Gaius, à la fin du § 16, dit seulement que la *hasta* était plantée devant le tribunal centumviral, par le même motif qui faisait qu'on se servait de la *hasta* dans les revendications. E.)

plus simple que celle de la *sacramenti actio* [9]; voyez infra, § 44. Quoique tous les témoignages semblent s'accorder pour indiquer seulement les *vindicationes* comme causes centumvirales [10], en supposant qu'il n'y ait rien là de fortuit, cela ne prouverait pas que dès l'origine il en était ainsi [11]. En tous cas, ces témoignages ne sont pas exclusifs, même pour l'époque postérieure ; car on ne peut dire que les contestations relatives à la liberté n'aient pas pu être portées devant les centumvirs [12]. Et quand même on prétendrait, pour répondre à notre objection, que les *causæ liberales* étaient devenues des *vindicationes*, il est certain que le litige sur la qualité de citoyen romain n'était pas une *vindicatio*, et cependant les centumvirs en connaissaient. S'il n'y a rien de positif pour prouver cette assertion, il n'y a rien non plus qui démontre le contraire, et on ne peut nier au moins que les décemvirs ont jugé les litiges relatifs au droit de cité romaine, du temps de la république [13]. Qu'à cette époque on ait pu porter une même affaire, à son choix, devant un juge ou

[9] On ne peut pas admettre avec Hübbe, p. 8, que là loi Pinaria est postérieure aux lois qui ont établi la *condictio*; car la *condictio* était une procédure moins compliquée que la *sacramenti actio*.

[10] Hollweg, à cause de l'ensemble de tous ces témoignages, aussi parce que l'action *sacramenti* a été restreinte à la revendication depuis la *condictio*, et encore à cause de la *hasta* (v. § 15, in fine), pense qu'il n'y avait que les actions *in rem* qui étaient portées devant les centumvirs; il veut expliquer Cic. de or. I., 38, dans ce sens.

[11] Le *dare*, moyen de transmission de la propriété, pouvait fort bien avoir été aussi représenté par le symbole de la *hasta*.

[12] Voy. Hollweg, p. 323. Le *vindicare in libertatem* eut lieu devant des récupérateurs (voy. § 37, note 15); mais la *vindicatio in servitutem* dut nécessairement être traitée devant les centumvirs. Voy. Huschke Anal. p. 231; voy. § 15, note 13. Quant au simple *præjudicium* (§ 69), il n'avait pas lieu devant les centumvirs, mais peut-être devant les décemvirs.

[13] Voy. § 14, note 20. Il est vrai que ce ne fut que depuis Auguste que les décemvirs prirent part à la direction du tribunal centumviral; mais cela même prouve que, déjà auparavant, il y avait de l'analogie ou des rapports entre la juridiction des décemvirs et celle des centumvirs. Voy. § 14, note 25.

devant les centumvirs [14], c'est ce qui n'est pas prouvé ; s'il en a été ainsi, ce ne fut probablement que lorsque, à côté des actions de la loi, un grand nombre de formules se furent introduites. Il est certain, en effet, que le choix était permis entre le juge et les centumvirs, lorsqu'il y eut des formules [15]. Ce qui prouve que le tribunal centumviral a dû connaître de la propriété quiritaire, et peut-être même de l'action tendant à constituer (*dare*) la propriété, ainsi que de toutes les conditions nécessaires pour constituer la qualité de citoyen romain, ou qu'il a pu en connaître, sur la demande des parties, c'est l'origine plébéienne de ce tribunal ; car c'est précisément aux plébéiens que les qualités de citoyens romains ou de propriétaires quiritaires, qualités nécessaires pour prendre part à l'assemblée nationale [16], étaient le plus souvent contestées. Cette destination ne fut sans doute qu'originelle ; plus tard, la revendication put être portée, soit devant lui, au moyen de la *legis actio*, soit devant un juge au moyen d'une formule. Les litiges relatifs aux hérédités lui furent souvent soumis [17], et on ne pouvait s'adresser qu'à ce

[14] Quinct. I, O. V. 10, n° 115. Cic. or. c. 21, conf. avec or. I, 38. Cic. in Verr. I, 45. Gaius IV, 31 et 95. De là l'ancienne opinion que peu importait la nature des actions, qu'on portait devant les centumvirs celles qui ne présentaient à juger qu'une question de droit. Voy. supra, note 4. C'est ce que prétendent Zepernik et Tigerstroem, p. 212-221. Voy. Hollweg, p. 364-366.

[15] Arg. Cic. in Verr. I, 45 : « Lege ageret in hereditatem, *aut* » rel. Gaius, IV, 31. Voy. Hollweg, p. 382 et suiv.

[16] Voy. Hollweg, p. 376-378.

[17] L. ult. init. C. de her. pet. (3, 31). — Cic. de lege agr. I, 17. Brut. c. 53. Dial. de or. 38. Qu. I. O. III, 10, n° 3. Paul, V, 16, § 2. Il est parlé d'une contestation devant les centumvirs, sur la question de savoir si l'héritier testamentaire devait céder sa place à un héritier ab intestat, dans Cic. de or. I, 39. Qu. I. O. IV, 2, n° 5. Il est parlé d'une contestation sur la validité d'un testament, agitée devant les centumvirs, dans Cic. de or. I, 39 init. et in fin. I, 57. Val. Max. VII, 7, § 1. L. 30, D. de lib. leg. (34, 3) ; du curianum judicium sur une substitution, dans Cic. de or. I, 39, pro Cæc. c. 18, 24. Brut. 53. — N. A. Meyners de centumv. judicio hereditatis, Lugd. Bat. 1778.

tribunal pour la querelle d'inofficiosité [18]. Toute la procédure relative à cette dernière contestation est due à ses décisions ; et, dans la suite, aucun préteur n'a songé à proposer une formule pour ce litige particulier, qui ne pouvait s'accommoder que d'une instruction affranchie d'entraves, comme celle des centumvirs. C'est sur leur jurisprudence que s'appuie la nouvelle procédure imaginée pour cette action depuis la suppression des *centumviralia judicia* [19].

Quant à la question de savoir si, sous les empereurs, on ne portait devant les centumvirs que les revendications d'une importance majeure ; si, depuis Auguste, ils ne connaissaient que de certaines pétitions d'hérédité, ou s'ils connaissaient de toutes [20], c'est ce qui ne peut être démontré.

§ XXXVII. — *Des causæ recuperatoriæ* [1].

Après nous être demandé quelles étaient les causes centumvirales, nous devons examiner quelles étaient celles qui se portaient devant les récupérateurs, lorsqu'il y en eut à Rome. Car là où il n'y avait pas de récupérateurs, il y avait un *judex*, lors toutefois que l'affaire ne se terminait pas devant le magistrat (voy. § 75). Le motif qui a déterminé à admettre le *judicium recuperatorium* à Rome, au lieu du *judicium* proprement dit, était la célérité de la procédure [2]. C'est en partant de cette même idée que le préteur, dans plusieurs édits, annonçait qu'il donnerait dans certains cas des récupérateurs, par exemple dans l'action d'injure [3] : il ne la promettait pas

[18] L. 13, L. 17 pr. D. de inoff. (5, 2). L. 4. C. eod. (6, 28), V. les suscriptions des LL. 7, 28 et 31 D. eod. Val. Max. VIII, 7, § 2. VII, 8, § 1, 4. Plin. ep. V, 1. VI, 33. Qu. I. O. VII, 4, nos 11 et 20. Voy. supra, § 15, note 8.

[19] Qu. I, O. V, 2, § 1, fait mention des centumviralia præjudicia pour la querelle d'inofficiosité.

[20] Gaius IV, 95, avec 14. Plin. ep. II, 14. Hollweg, p. 384 et suiv.

[1] Heffter ad Gai. p. 101. Stahl, p. 16 et suiv. Huschke, p. 221 et suiv. Conf. supra, § 17.

[2] Voy. § 17, note 7. Conf. Cic. divin. c. 17. Gaius, IV, 185.

[3] Gell. XX, 1. «.... Injuriis æstimandis recuperatores se daturos edixe-

pour toute sorte d'injures [4], mais pour celles qui étaient graves [5]. Il la promettait aussi pour l'action *vi bonorum raptorum* [6], pour l'interdit *unde vi armata* [7]. En général, dans les interdits, on recourait souvent à des récupérateurs; voyez § 71. C'était devant les récupérateurs que le patron poursuivait son affranchi, qui l'avait appelé *in jus* sans en avoir préalablement obtenu la permission du magistrat [8]. C'était aussi devant eux qu'on allait pour les *judicia pœnalia* donnés contre ceux qui avaient empêché d'appeler *in jus* [9], et pour le refus du *vadimonium* [10]. Il en était de même de l'action de *repetundis* intentée dans l'intérêt privé, sous les empereurs [11], et même à une époque antérieure; car alors il y avait dans ce but un *judicium privatum* qui, s'il n'excluait pas le *judicium publicum* de *repetundis*, coexistait au moins avec lui [12]. En vertu de cer-

runt. » Cic. Rhet. II, 20, dit, à l'occasion d'une injure grave : « Ejusmodi sunt injuriæ, ut de his indignum sit *non primo quoque tempore judicari.* »

[4] Auct. ad Her. II, 13. Gaius III, 224. Paul. V. 4, § 7. Coll. II, 2. L. 5, § ult. D. de injur. (47, 10).

[5] Voyez note 3, et Huschke, p. 223 et suiv.

[6] Cic. orat. pro Tullio.

[7] Cic. pro Cæcin. c. 8.

[8] Gaius, IV, 46.

[9] Voy. § III, et Huschke, p. 225.

[10] Gaius, IV, 185. Lex Gall. Cis. c. 21, in fine.

[11] Tacit. Ann. I, 74.

[12] Liv. XLIII, 2, Fragm. leg. mulctatitiæ (dans Marini, ed. Dirksen dans ses Beytræge, p. 216 et suiv.), l. 18, 22. Voyez Dirksen, l. c. n° III, sur l'application aux *publica judicia* de la procédure employée dans les *privata judicia*, pour parvenir à déterminer le montant de la *litis æstimatio*. Il pense que cette procédure fut d'abord la *legis actio sacramenti*, et en même temps le *recuperatorium judicium*, qu'ensuite ce ne fut plus que ce dernier (p. 211). Mais la *legis actio* se passait *in jure*; le *judicium recuperatorium* n'a donc pu en prendre la place. D'ailleurs il n'est pas du tout démontré que l'expression *lege actio esto* (lex mulctat. cit. l. 10) et cette autre, *sacramento agere*, de la loi Servilia, doivent s'entendre du *sacramento lege agere* ordinaire. Voy. supra, § 35, note 2. Klenze ad leg. serv. p. XI sq. est aussi de l'opinion de Dirksen. Voy. aussi Huschke, p. 226.

taines lois [13], on donnait encore des récupérateurs lorsque l'intérêt d'un pérégrin, ou l'intérêt public, exigeait célérité. D'après cela, les actions privées de l'État (sacrées ou fiscales) étaient adressées à des récupérateurs [14] : il en était de même de la question de liberté ou de celle d'ingénuité [15], quoique l'opinion contraire ait été soutenue [16]. Il est vrai que Cicéron a reproché à Verrès d'avoir multiplié les *judicia recuperatoria* dans sa province, parce que, de cette manière, il était plus sûr de son influence : mais il faut avouer qu'en donnant de tels *judicia* entre des *aratores* et des *decumani*, il ne violait pas le principe de cette institution, puisque de semblables procès exigeaient une prompte décision [17]. En général, il devait se faire que les *judicia recuperatoria* fussent plus fréquents dans les provinces [18], par le motif que l'*imperium* du président s'exerçait sur un vaste territoire, et parce que d'ailleurs les instances qu'il accordait devaient s'éteindre avec ses fonctions. Au reste, l'ancien principe qui voulait qu'à Rome les procès entre pérégrins, ou entre pérégrins et Romains, fussent jugés par des récupérateurs, ne resta pas en vigueur : on permit, spécialement pour Rome et la Sicile, de nommer un *judex* dans les cas où auparavant des récupérateurs seuls eussent pu

[13] Fr. leg. jud. dans Dirksen, p. 218, l. 7, 8.

[14] Lactant. Inst. III, 20, et lex Mamilia, c. 5, dans Goes. p. 340. Suet. Néro, c. 17. — Huschke, p. 228.

[15] Plaut. Rudens, V, 1, v. 3 sq. — Suet. Domit. c. 8 : « Recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit. » Ce qui veut dire que l'empereur a recommandé aux récupérateurs de ne pas se laisser surprendre par les chicanes des *assertores*, et de ne pas reconnaître injustement pour hommes libres des esclaves, en frustrer ainsi les maîtres par pure faiblesse, et inonder la société de citoyens indignes. Conf. Ernesti ad Suet. exc. 32. Ed. 2, p. 42-44. — Suet. Vesp. c. 3.

[16] Voy. § 36, note 12, et § 66.

[17] Cic. Verr. III, 14. Voy. III, 10-13, 21, 22, 23, 28, 46, 49, 68.

[18] Il n'y a pas d'autre raison à donner pour le *judicium recuperatorium* qui se trouve mentionné dans Cicéron pro Flacco, c. 21. Au reste, il était régulier de nommer de nouveau, pour recommencer de juger, les mêmes récupérateurs que l'on prétendait avoir jugé une première fois sous l'empire de la contrainte. V. c. 21 ib. Conf. Huschke, p. 232 et suiv.

prononcer une sentence [19]. Enfin, lorsqu'il n'y avait qu'une simple question de fait à juger, on nommait toujours des récupérateurs, et il dut en être ainsi de très-bonne heure [20].

Le magistrat accordait, dans sa sagesse, un *judex* ou des récupérateurs, suivant les circonstances; diverses lois lui permettaient indifféremment une *datio judicis* ou une *datio recuperatorum* [21], et les parties elles-mêmes, dans leur demande, provoquaient la nomination d'un juge ou de récupérateurs d'une manière alternative, sans préciser l'un ou l'autre *judicium* [22]. Pour accorder un *judex*, le magistrat se laissait sans doute déterminer par l'importance de l'affaire [23], ou par la circonstance que le procès devait être jugé à Rome et d'après l'ancien droit civil; et, pour accorder des récupérateurs, par la simplicité du fait litigieux, par l'urgence ou la légitimité de la demande [24].

TITRE II. — DES DIVERSES SORTES D'ACTIONS.

PREMIÈRE SECTION. — Actions de la loi.

§ XXXVIII. — 1° *Actio sacramenti* [1].

Cette forme de procédure, la plus ancienne, tire son nom d'un *sacramentum*, c'est-à-dire d'une somme d'argent exposée dans un pari. Ici, en effet, chacune des parties devait,

[19] Gaius, IV, 37, 105. Cic. Verr. II, 13. pro Flacco, 21. Plaut. Bacchid. II, 3, v. 36 sq. fait figurer des récupérateurs comme juges dans un procès qu'un Athénien avait suscité à Éphèse.

[20] Conf. le *judicium* mentionné dans Tite-Live, XXVI, 48. Stahl a été trop loin (p. 17) en admettant que tous les *judicia recuperatoria* avaient pour but l'appréciation d'une simple question de fait.

[21] Fr. leg. Thoriæ, sect. 1, v. 29, 34. Sect. 2, v. 22, 26.

[22] Cic. Verr. III, 58 f.

[23] Cic. Verr. III, 60.

[24] Huschke, p. 235 sq.

[1] Pet. Pithœi, lib. 1. adversarior. subsecivor. c. 18, dans op. p. 394-398. Jo. Fr. Schreiter Diss. 1 et 2. Sacramentorum in veteris Romæ judiciis solemnium antiquitates, Lips. 1740, 4.—Hugo Rg., p. 273-276. Van Hasselt de legis actionibus, p. 13 sq., p. 142-153. Heffter ad Gaium, Obs. II. Voyez en outre la littérature indiquée aux §§ suivants.

dans l'origine, déposer une égale somme entre les mains des pontifes [2]; plus tard [3], la garantir seulement par des *prædes* devant le préteur. Celle des deux qui succombait perdait sa somme, laquelle était employée au profit de l'État [4] qui pouvait en disposer à sa volonté. Dans les temps les plus reculés, cette somme était consacrée au culte [5], aux *publica sacra* [6]; de là le nom de *sacramentum* [7]. *Justo sacramento contendere, sacramentum justum judicare, injustis sacramentis petere*, sont les expressions en usage pour indiquer le gain ou la perte du procès [8]. La loi des XII Tables voulait que le montant de la somme exposée dans ce pari fût de cinq cents as pour les procès d'une valeur de mille as et au dessus, et de cinquante as seulement au dessous. Ce dernier taux était fixé pour un procès relatif à la liberté, quel qu'en fût le prix [9]. Dans un procès centumviral, le taux du *sacramentum* était, encore du temps de Gaius, de cent vingt-cinq sesterces, ce qui équivaut à cinq cents as [10].

[2] Varro de L. L. V, 36 (p. 29 ad Goth. p. 49 ad. Bip.), où on lit « : *ad pontem deponebant*, » et aussi dans Spengel (ed. Berol. 1826, p. 179). Mais déjà depuis longtemps il avait été proposé de lire « *ad pontificem*, » et ensuite *apud pontifices*. Conf. v. Hasselt, p. 15, note 3. A. G. de Schrœter observ. p. 26, note 36. Voy. Schreiter, Diss. 2, § 19.

[3] Heffter ad Gaium, IV, 13, p. VII, pense que ce fut par la loi Pinaria qu'il fut décidé que les *prædes* remplaceraient le dépôt de la somme d'argent. Mais ce changement a pu se faire sans loi. Tite-Live, à l'occasion du procès de Virginie (III, 46), parle de *sponsores*; il est possible que ce soit d'abord dans les procès relatifs à la liberté que ce changement s'est opéré.

[4] Gaius, IV, 16, in fine, « *in publicum cedebat*. »

[5] Schreiter, I, § 1-5. II, § 20.

[6] Dirksen, civ. Abh. t. 2, p. 116.

[7] Gaius, IV, 13, 16, sub fine. Fest. v. sacramentum. Varro, l. c. On trouve une autre origine à ce mot dans Isid. Or. v. 24, fine.

[8] Cic. pro Cæc. 33, pro domo, 29. De orat. I, 10. pro Milon. 27. Sacramento provocare, Gaius, IV, 16, 95.

[9] Gaius, IV, 14, 15, 16. Fest. et Varro, ll. cc.

[10] Festus, v. sestertius. Gaius, IV, 95. Savigny a fait la remarque que cent vingt-cinq sesterces représentaient la même somme que cinq cents as. Voy. Hollweg dans Zeitsch. t. 5, p. 387. Nous trouvons aussi dans Isid.

Cette *legis actio* ne conduisait-elle qu'à un *centumvirale judicium?* Pouvait-elle conduire à un tel *judicium* du temps de Cicéron? Ne pouvait-on pas donner aussi un *judex* depuis la loi Pinaria? Le magistrat ne jugeait-il pas lui-même? par conséquent, dans l'origine, y avait-il deux procédures, l'une *in jure*, l'autre *in judicio* [11]? Il a été répondu à toutes ces questions, au moins d'une manière hypothétique, au § 36 supra.

La *legis actio sacramenti* servait à introduire [12] toute sorte de contestations, celles qui figurent dans le système formulaire comme actions *in rem*, et celles qui y figurent comme actions *in personam*. Il paraît cependant que la sentence portait seulement que telle des parties qui avait raison avait un *sacramentum justum*, l'autre un *sacramentum injustum* [13]; c'était par voie de conséquence que le vainqueur devait obtenir l'objet de sa demande: dans une affaire réelle, il obtenait la chose litigieuse; le vaincu devait la rendre, ou, s'il ne la rendait pas, les *prædes litis et vindiciarum* étaient responsables [14].

Nous verrons dans les paragraphes suivants qu'il y eut des actions de la loi autres que l'*actio sacramenti*, pour

l. c. que le *sacramentum* est la *summa sponsionis*. Conf. sur le passage de Gaius, le § 64, infra.

[11] Bach, h. j. p. 105, pour soutenir l'opinion que, dans l'origine, la procédure ne se distinguait pas en *in jure* et *in judicio*, se fonde sur ce qui eut lieu dans le procès de Virginie. Hugo combat cet argument, en disant que, dans ce procès, on n'est pas allé au delà des *vindiciæ*, et que c'est pour cela que le magistrat seul a figuré (§ 40). Mais quand Appius, dans Tite-Live, III, dit: « *jus eo die se non dicturum* neque decretum interpositurum, » on voit bien qu'il devait juger lui-même, puisque *decretum* est relatif aux *vindiciæ*, et *dicturum* à la décision définitive.

[12] Nous savons d'une manière certaine que les actions tendant à un *dare*, à la constitution de la propriété, étaient introduites par la *sacramenti actio*: c'est ce que nous apprend Gaius, IV, 20: « cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento agere. » Gaius, IV, 16.

[13] Conf. Cic. pro Cæc. c. 33: sacramentum justum judicare. De même Arnob. infra, note 10. D'ailleurs l'analogie de la *sponsio*, § 64, et la dénomination de toute la procédure rendent cela assez clair. Keller über Litisc. p. 188-190.

[14] Gaius, IV, 48.

quelques-unes des actions personnelles ; il est même probable que, depuis l'introduction de la *legis actio per condictionem*, l'action *sacramenti* ne s'appliqua plus qu'aux actions réelles, — aussi à celles qui avaient pour objet un démembrement de la propriété, — à la pétition d'hérédité et à la liberté. Dans ces divers cas, il n'était pas possible d'avoir recours à une autre action de la loi qu'à celle du *sacramentum*. Or, la *sacramenti actio* appliquée aux actions réelles se distinguait de l'autre particulièrement par les *vindiciæ* [15] ; ce qui a fait donner à ces actions le nom de *vindicationes*. Aussi n'est-ce que relativement aux actions réelles, et devant les centumvirs, que la forme de la *sacramenti actio* s'est longtemps conservée. Voyez le § 36. C'est pourquoi cette procédure nous est bien connue.

Mais il n'en est pas de même de l'*actio sacramenti* appliquée aux actions personnelles ; nous ne savons que fort imparfaitement combien de temps elle a duré, et quelles étaient ses formalités [16].

Depuis la loi Pinaria, lorsque, dans une action personnelle, les parties se présentaient devant le magistrat pour lui demander un juge, le magistrat les remettait à trente jours [17] ; après ce délai, elles se présentaient de nouveau devant lui, et le juge leur était accordé. Immédiatement les parties convenaient de se présenter devant ce juge (ce qui suppose que déjà alors le juge n'était pas présent) le troisième jour [18], *comperendinum diem denunciabant* [19]. Arrivées

[15] Gaius IV, 16, 17, et §§ 39, 40. En outre, Cic. ad div. VII, 32 : « ut sacramento contendas meum non esse. » Pro Milon. 27 : « Qui—injustis vindiciis ac sacramentis (injustis) fundos—petebas. »

[16] Gaius, IV, 16, et § 39. Voy. aussi Cic. pro Mil. l. c. et Arnob. adv. gentes, lib. 4, p. 138, ed. Salm. : « qui inter personas ejusmodi aut vindicias justas dare, aut sacramento conetur pronuntiare non justas? »

[17] Le passage de Gaius dans cet endroit est illisible.

[18] C'est-à-dire qu'on ne pouvait pas se présenter avant trente jours ; mais il pouvait se faire que ce fût plus tard, si, par exemple, après ce délai, l'affaire ne venait pas encore à son tour. Huschke, l. c. p. 238, sq.

[19] Dans le Scholiaste de Cicéron (note 23), on lit : « perendinum

devant le juge, avant de plaider, elles présentaient le résumé de leurs causes [20], *causæ collectio* [21], comme qui dirait les conclusions.

Ces formalités de l'action personnelle s'observaient aussi pour l'action réelle [22]; seulement ici, lorsque l'affaire n'allait pas devant l'*unus judex*, on leur faisait subir une modification.

Avant de procéder à la *datio* du *judex*, les parties se provoquaient au *sacramentum*. La formule de cette provocation était, dans l'action réelle : *Quando tu injuria vindicavisti*, D. ou L. *æris sacramento te provoco*. Telles étaient les paroles prononcées par l'une des parties; l'autre répondait alors : *similiter ego te*. Pour les actions personnelles, la formule était probablement : *Quando in jure te conspicio, postulo an fias auctor, qua de re mecum nexum fecisti*. Le défendeur répondait négati-

diem. » Conf. Cic. pro Mur. 12. Gell. x, 24. Val. Prob. J. D. T. S. P. (p. 1476).

[20] « Quasi per indicem, » comme s'exprime Gaius : cette expression se rencontre aussi dans le même, III, 54; dans le Scholiaste de la note 22; dans Just. Const. Deo auctore, § 12, et le § ult. J. de pub. jud. Voy. Cujas obs. v, 25.

[21] L'expression *conjectio* se rencontre dans le Scholiaste, celle de *collectio* dans Gaius, IV, 15 : mais il serait possible qu'ici on dût lire aussi *conjectio*. De même dans Gaius, I, 13, il a été écrit *conlecti* au lieu de *conjecti*. Voy. Arg. L. 1 D. de R. J. Nonius v. *causam conjicere*. Conf. Heffter ad Gaium, p. IX.

[22] Il est vrai que Gaius, IV, 15, n'a parlé des formalités de la nomination du juge qu'en ce qui concerne les actions personnelles, puisque en commençant le § 16 il arrive aux actions réelles. Mais comme ensuite il dit qu'après la provocation au *sacramentum*, on remplit les formalités qu'il a décrites pour les actions personnelles, il est très-vraisemblable qu'il a voulu faire allusion à la nomination du *judex*. Voyez au reste Asc. in Verr. I, 91 : « namque cum in rem aliquam agerent litigatores et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem rei. » Ici nous voyons qu'on procède à la *datio judicis* précisément après la provocation au *sacramentum*, conformément au renvoi que fait Gaius, § 16, après la formule du *sacramentum*, à ce qui a été dit des actions personnelles. Et si le Scholiaste ne parle plus que des actions réelles, c'est que l'action personnelle avait cessé d'être poursuivie par la *sacramenti actio*.

vement. Alors le demandeur reprenait : *Quando negas, sacramento quingenario te provoco, si propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* A quoi le défendeur répondait : *Quando ais neque negas* [23] *me nexum fecisse tecum, qua de re agitur, similiter ego te* [24] *sacramento quingenario provoco, si propter me fidemve meam captus fraudatusve non sies* [25].

Dans les actions réelles, la formule dont nous venons de parler était précédée d'autres formalités, savoir des *vindiciæ* et de la *deductio*.

Comme la *sacramenti actio* n'est plus restée en usage que pour les actions réelles, il nous reste à donner quelques développements relativement à ces actions, et par conséquent aux *vindiciæ* et à la *deductio*.

§ XXXIX. — *Vindicatio* [1]. — *Introduction.*

La procédure par laquelle deux personnes mettaient en question la propriété ou la liberté devait offrir l'image d'un combat

[23] Dans Val. Prob. nous n'avons cette formule qu'ainsi : « quando negas-sto quingenario te provoco, » c'est-à-dire : Q. N. T. S. Q. P. Puis on trouve : « quando ais neque negas, » c'est-à-dire : Q. A. N. N.

[24] Conf. Heffter ad Gaium, IV, 15 (p. VIII).

[25] *Quando in jure te conspicio* (voy. § 42), ou bien *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*, dans Cic. de off. III, 17, sont des formules qui appartiennent certainement à l'action personnelle, mais qui peuvent fort bien n'avoir été employées que dans la *judicis postulatio*. Heffter (l. c. p. VII sq.) en fait une partie intégrante de la provocation au *sacramentum*. (Nous adoptons cette opinion, qui est aussi celle de M. Bonjean, t. 1, p. 381. E.)

[1] Ge. Guill. Joecher de ritu vindiciarum ap. Rom. Lips. 1723, 4. — Adr. D. Steger, præs. C. O. Rechenberg, vindiciæ manibus consertis sumendæ ex l. XII Tab. Lips. 1737, 4. — Jo. L. Conradi Exc. II, ad Gellium, t. II, p. 524 sq. — Savigny, sur la *lis vindiciarum* et son rapport avec les interdits, dans Zeitsch. t. 3, p. 421-434. — Ballhorn-Rosen über dominium, Lemgo, 1822, p. 162 et suiv. — Cramer et Heinrich ad Cic. or. pro Tullio, c. 16, p. 85-87. — Beyer Exc. III, ad Cic. pro Tullio. — V. Hasselt de legis actionibus, p. 23 sq. — Ed. Huschke ad orat. pro Tullio, dans Anal. p. 128 sq.

soutenu sous les yeux du magistrat. La chose ou la personne litigieuse devait donc être *in jure*. Ce combat simulé avait si peu pour effet immédiat de créer un droit pour l'une des parties, qu'il ne pouvait même amener la restitution de la possession. En effet, dans ce préambule de la procédure, personne n'était regardé comme possesseur [2]; c'était le magistrat qui, dans le cas où il ne terminait pas le procès lui-même, devait décider [3] ensuite lequel des plaideurs jouerait le rôle de défendeur, *vindicias dicere* [4]. Dans ce combat simulé, les parties commençaient par toucher l'objet litigieux avec une *festuca* [5], appelée, dans l'ancienne langue, *vindicta* [6]. C'est cette *vindicta* qui a fait donner à toute cette procédure le nom de *vindicare* (*in rem fit vindicatio*), et *vindicare* ou *vindicta* vient probablement lui-même de *indicare*, *indicta* [7].

Ainsi, quand les parties introduisaient cette procédure, aucune d'elles n'était défenderesse; chacune revendiquait, l'une d'abord, l'autre ensuite; de telle sorte que l'on dit de la première *qui prior*, et de la seconde *qui contra vindicat* [8]. C'était plus tard, lorsque les *vindiciæ* étaient accordées par le magistrat, que l'une devenait *possessor*, et l'autre *petitor*. Dans la *liberalis causa*, nom dont la science s'est servie pour désigner le litige sur la liberté [9], c'était sur l'esclave prétendu, ou sur l'homme réclamé comme libre, qu'était imposée la *vindicta* (*manu asserere*, ou *asserere* tout seul [10]); il était revendiqué

[2] Durol, dans Arch. f. civ. Prax. VI, p. 264.

[3] Liv. III, 45 sq.

[4] « Vindiciarum dicendarum causa, » dans Gell. XX, 10 (9).

[5] Gaius, IV, 16 f. dit qu'on se servait de la *festuca* à la place de la lance, qui était le symbole de la propriété. Voy. supra, § 15, in fine.

[6] Sur le mot *vindicta*, voyez encore Boeth. ad Cic. Top. c. 2, lib. I. Sur *festuca*, voyez Plaut. Mil. IV, 1, v. 15. Pers. Sat. V, v. 175. Voyez aussi infra, § 40.

[7] Sur l'étymologie de *vindicta*, voy. Ballhorn-Rosen, p. 185 et suiv.

[8] Gaius II, 24.

[9] On trouve déjà dans Cic. pro Flacco, c. 17 : « Cum in causa liberali eum, qui asserebatur, cognatum suum esse diceret. »

[10] Varro de L. L. V. 7, voy. Brisson. V. asserere, et infra, § 66.

par l'un des contendants comme toute autre chose (*in servitutem vindicare* ou *asserere* [11]), et réclamé pour la liberté par l'autre, appelé *assertor libertatis* [12]. L'homme litigieux ne pouvait lui-même se revendiquer [13]. Voilà pour les choses mobilières.

Quant aux immeubles, il y avait quelque chose de plus. De même que, pour obtenir la possession d'une chose qui est en la puissance d'autrui, il ne suffit pas d'appréhender cette chose, qu'il faut encore en dessaisir celui qui la detient; de même aussi le combat simulé ne devait pas se borner à l'appréhension de l'immeuble: cela seul n'aurait pas rempli le vœu de la loi des XII Tables [14], qui exigeait une *consertio manuum* [15]; mais il fallait encore une *deductio*. Cette *deductio* toutefois se faisait *ex conventu*, d'accord entre les parties, d'après un usage établi, *quæ moribus fit* [16]. Elle était seulement *civilis* et *festucaria*

[11] Voy. Tite-Live, III, 44.

[12] Ib. III, 45: « Asseri in libertatem. »

[13] Gaj. p. 192, l. 1. Théoph. IV, 10 pr.

[14] « Si qui in jure manum conserunt » est le passage des XII Tables qui nous a été transmis par Gell. XX, 10 (9).

[15] Cette expression indique un véritable combat. Voy. Liv. XXVI, 48. XXX, 31 (« manu conserta »). Cic. ad Att. VII, 20. Varro de L. L. V, 7: « Sic conserere manum dicimur cum hoste. » Cette *consertio manuum* n'est pas seulement applicable aux immeubles; car on lit dans Gell. XX, 10: « *Manum conserere est*, de qua re disceptatur, in re præsenti, *sive ager*, *sive quid aliud est*, cum adversario *simul manu prendere*, et in ea re omnibus (solemnibus) verbis vindicare. » Christ. noctes Att. Obs. 13, 14, p. 171 sq. veut qu'on lise *manu* partout où il y a *manum*, pensant qu'on devait seulement toucher la chose, et non simuler un véritable combat. Mais sa correction ne produirait pas le résultat qu'il en attend, car si les parties touchaient de la main la chose litigieuse, cela simulait suffisamment le combat. Sur la critique du texte d'Aule-Gelle, voyez, au reste, Dirksen, XII, T. p. 428.

[16] Cic. pro Cæc. 1, 7, 8, pro Tullio, 16 ed. Cram. ou 20 ed. Huschke. Ce n'est que fortuitement que, dans le discours pro Cæc. la *deductio* se trouve indiquée avec un interdit. En effet ici (comme aussi pro Tull.), au lieu d'une *deductio* faite d'accord, il y avait eu des actes de violence qui avaient donné lieu à un interdit. Voy. Savigny, Zeitsch. l. c. p. 428 et suiv. Quant à la différence entre la revendication des meubles et celle des immeubles, voy. Huschke, p. 129.

(ainsi à l'imposition de la *festuca* se liait la *deductio*) ; elle n'était pas violente [17].

§ XL. — *Des vindiciæ en particulier.*

En faisant abstraction de la déduction, dont nous nous occuperons au paragraphe suivant, voici quelle était la procédure suivie pour la revendication [1]. Après que les parties avaient exposé au magistrat les motifs de leurs prétentions (il n'y avait pas de formule pour cet exposé [2]), l'une disait, en montrant la chose litigieuse avec sa *vindicta* : « *Hunc ego hominem* (si c'était un homme) *ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi : ecce tibi vindictam imposui* [3]. » L'autre partie en faisait et en disait autant. Après quoi, le préteur leur ayant dit : « *Mittite ambo hominem*, » les deux parties lâchaient

[17] L'expression employée par Aulu-Gelle, xx, 10, in fine, n'est pas technique. Mais il en est autrement dans Cic. pro Cæcin. 31, 32, pour l'expression « *vis quotidiana*, » qui indique la violence proprement dite, par opposition à une autre violence appelée *vis armata*. Conf. Heinrich ad Cic. pro Tullio, p. 86, in fine, p. 87. Savigny, Zeitschr. p. 424.

[1] La description de ces formalités se trouve dans Gaius, IV, 16. Quant à la *liberalis causa*, les formes sont faciles à retrouver en se reportant à celles qui accompagnaient l'affranchissement par la vindicte, puisque c'était une revendication feinte de la liberté. — Autrefois on confondait la violence feinte avec la violence réelle ; tantôt on regardait l'*interdictum de vi* comme appartenant à la *consertio manuum*, tantôt la *deductio* comme appartenant aux interdits. Voyez les anciens commentateurs de Cicéron pro Cæc. Hotoman, l. c. Obs. VII, 6, et d'autres. Schreiter était déjà entré dans une meilleure voie, l. c. Diss. II, § 11 sq. Il avait cru que la *lis vindiciarum* était une procédure préparatoire toute distincte, mais il ne l'avait pas confondue avec la procédure des interdits. La confusion n'a pas été faite non plus par Ferrat. ep. I, 12. Steger (Diss. cit.) décrit le *manum conserere* d'une manière tout à fait exacte ; mais il ne parle pas de la *deductio*, et par conséquent non plus de l'interdit. — Ce point a été éclairci par Savigny dans la Zeits. § 39. Beyer (l. c. p. 253 sq.) y a ramené de l'obscurité et de la confusion, mais Huschke a relevé ses erreurs.

[2] C'est ce que prouve le récit de Tite-Live, III, 44, rapproché des expressions que l'on trouve dans ces formules : « *sicut dixi*, » « *qua ex causa vindicaveris?* » « *jus peregi sicut vindictam imposui.* »

[3] Val. Prob. S. S. C. S. D. E. T. V. (ed. Goth. p. 1476).

l'homme en litige ; puis le premier revendiquant adressait à l'autre ces paroles : « *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* [4]. » Le second répondait : « *Jus peregi sicut vindictam imposui.* » Le premier reprenait : « *Quando tu injuria vindicavisti* (D. L.), *æris sacramento te provoco.* » Le second répliquait: « *Similiter ego te.* » Puis après venaient les formalités de la *datio judicis*, dont nous avons parlé ci-dessus, § 38. Avant de donner le juge, le magistrat décidait qui aurait la possession pendant le procès, se laissant sans doute déterminer par les motifs qui lui avaient été présentés au commencement; il l'accordait indifféremment à l'une ou à l'autre des parties, suivant sa sagesse, « *secundum alterum eorum vindicias dicebat* [5]. » Mais celui qui obtenait cette possession intérimaire [6] devait garantir la restitution de la chose litigieuse et des fruits perçus pendant cette possession, pour le cas où son adversaire triompherait. Ces garanties s'appelaient *prædes litis et vindiciarum*, ou *prædes litis vindiciarum* [7].—Il faut bien se garder de confondre

[4] Cic. pro Mur. c. 12.

[5] Hugo a repris l'opinion qu'il avait émise dans la 8e édition de son Histoire, p. 219; il prétend que le magistrat accordait la possession intérimaire à celui qui se présentait le premier comme revendiquant. Voy. G. G. edit. de 1822, St. 63, p. 621. Voyez aussi Durol, Arch. VI, p. 264 et suiv. et Hugo, Rg. 10e édit. p. 273, avec la note 5. — Le magistrat n'accordait pas non plus toujours la possession intérimaire au possesseur actuel, comme on le croyait autrefois, en se fondant même sur la loi des XII Tables. Hugo s'était prononcé contre cette opinion dans la 10e édition de son Histoire, p. 274, note 4. — Van Hasselt, p. 29 et suiv. note 19, pense que le magistrat accordait la préférence à celui dont le droit lui paraissait plus probable. Cette considération pouvait être d'un grand poids; mais il y en avait d'autres qui pouvaient le déterminer, par exemple l'aptitude à mieux administrer, et, à égalité sous tous les rapports, la possession antérieure. Dans tous les cas, quand les *prædes* étaient refusées par l'une des parties, c'était l'autre qui obtenait la possession, arg. Paul, I, 11. — Balihorn, p. 173 et suiv. prétend qu'alors déjà étaient en vigueur les principes admis plus tard pour les interdits possessoires.

[6] Quand ce n'était pas le possesseur actuel qui obtenait la possession intérimaire, on disait : « *Vindicias ab eo abdicere.* » Arg. L. 2, § 24, D. de O. J. Dirksen XII Tab. p. 429.

[7] Conf. Gaium IV, 16 et 94 f. avec 91 et avec Cic. Verr. I, 45, ainsi

ces *prædes* avec les *prædes sacramenti*, garanties données au magistrat pour la somme du pari, dont il a été question au commencement du § 38, et qui ont été substituées au dépôt réel de la somme du *sacramentum*. — Après les *vindiciæ* et la *datio judicis*, la procédure *in jure* était terminée [8]. Dans le litige relatif à la liberté, un principe, qu'avait sanctionné la loi des XII Tables, voulait que les *vindiciæ* fussent toujours accordées *secundum libertatem*: ce fut en violation de ce principe de la loi des XII Tables, à laquelle cependant il avait coopéré, qu'Appius Claudius accorda les *vindicias secundum servitutem* relativement à Virginie [9].

Plusieurs actes de la juridiction volontaire reposaient sur des *vindiciæ* feintes, et, pour cette raison, étaient qualifiés *legis actiones*; tels sont la cession *in jure* [10], l'adoption [11], l'affranchissement par la vindicte [12], et l'émancipation [13], où l'on simulait une revendication de la propriété, de la puissance paternelle, de la liberté. C'est ainsi que l'on dit d'un magistrat: *apud quem legis actio est*, ou *qui habet legis actionem*. C'est dans ce dernier sens seulement qu'on doit entendre l'expression de *legis actio* qui se rencontre encore dans les compilations de Justinien [14].

qu'avec Val. Prob. P. P. L. V. (p. 1476). Hugo, p. 275. Il ne faut pas rejeter l'expression *lis vindiciarum*, employée par le Scholiaste de Cic. l. c. seulement il ne faut pas la regarder comme technique; ce que l'on croyait avant la découverte de Gaius. Voy. Savigny, de la poss. 4e édit., p. 352, note 4; 5e édit. p. 460, note 3. Cette expression signifie le litige relatif à la reconnaissance des *vindiciæ*.

[8] Gaius, IV, 16.

[9] L. 2, § 24, D. d. O. J. Dion. XI, 30. Liv. III, 44 (45, 47, 57). Voy. aussi or. pro domo, c. 29 f. Cic. de rep. III, 32, conf. avec II, 37.

[10] Gaius, II, 24 fin. Vat. fr. § 49.

[11] L. 4, D. de adopt. (1, 7). L. 3, D. de off. proc. (1, 16). L. 1, D. de off. jurid. (1, 20). L. 1, C. de adopt. (8, 48).

[12] L. 2, § 1, conf. avec L. 3, D. de off. proc. (1, 16). Paul. II, 25, § 4. L. 1, C. Th. de his qui a non domino man. (4, 10).

[13] Paul. l. c. L. 4, D. de adopt. Nov. 81 præf.

[14] Voy. note 10 jusqu'à note 13, et supra, § 32, note 4. Voyez aussi Dirksen Beytræge, p. 224. Mühlenbruch Cession, 2e édit. p. 35 et suiv.

§ XLI. — *De la deductio.*

Dans les premiers temps, les parties devaient, lorsqu'elles voulaient procéder à la *vindicatio* d'un immeuble, se rendre avec le magistrat sur le terrain litigieux: cela s'appelait *deductio;* il en était encore ainsi à l'époque de la loi des XII Tables. Le cercle des affaires dont le magistrat avait à s'occuper s'étant ensuite étendu [1], un tel dérangement lui fut impossible, et une modification à la *deductio* devint nécessaire [2]. Dès lors les parties se présentaient bien encore devant le magistrat, mais seulement pour s'y provoquer à se rendre sur le lieu contentieux [3]: elles s'y rendaient sur l'ordre du magistrat, qui leur ordonnait en même temps d'en revenir. Sur le terrain elles simulaient le combat [4], et revenant devant le magistrat avec la motte qu'elles avaient rapportée, elles accomplissaient devant lui la *vindicatio* [5]. Cette revendication sur une partie de la chose litigieuse, représentant le tout, était aussi employée relativement à toute autre chose d'un transport difficile, par exemple, pour une hérédité. Une hérédité, en effet, n'existe pas matériellement; elle ne consiste que dans un droit [6]. Du reste, il est bien évident qu'on n'a dû penser que plus tard à une telle

note 56. Fr. Ad. Schilling Bemerk. über rœm. Rg. Leipz. 1829, p. 87, note 209.

[1] Husehke, p. 130, propose de lire, dans Aulu-Gelle, XX, 10, *auctis* au lieu de *datis;* d'autres proposent *latis* (jurisdictionibus).

[2] Gell. l. c. — « Institutum est, contra XII Tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud prætorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent. »

[3] Gell. l. c. Val. Prob. litt. E. J. M. C. V. (p. 1476), et Cic. pro Muren. 12. de or. I, 10.

[4] « Vindicias sumere, » Fest. v. superstites. Branchu, Obs. Dec. II, c. 15, p. 83 sq. not. a combattu déjà l'opinion, communément admise autrefois, que l'on apportait *in jus* des *glebæ* ou des *festucæ*, tandis que ce n'étaient que des *glebæ* qu'on y apportait.

[5] Voy. Gell. l. c. conf. avec la définition que Festus, v. *vindiciæ*, a donnée: « Vindiciæ olim dicebantur illæ, quæ ex fundo sumptæ in jus adlatæ erant. » Conf. aussi avec Cic. pro Murena, 12. Ce qui y est dit de la forme symbolique doit faire comprendre ce qu'était la réalité.

[6] Gaius, IV, 17.

revendication, lorsque la science fut parvenue à établir une assimilation entre un corps déterminé et un ensemble de choses composant une universalité : alors a surgi l'*hereditatis vindicatio* (*petitio*).

Enfin cet aller et ce retour, surtout quand il s'agissait d'immeubles fort éloignés, furent supprimés et remplacés par d'autres symboles accomplis *in jure*, après toutefois que la *deductio* avait eu lieu entre les parties privativement. Il en était ainsi du temps de Cicéron [7]. Peu importait ici qui provoquait l'autre à cette *deductio*, puisque n'étant qu'une pure formalité, elle ne pouvait exercer sur la question des *vindiciæ* aucune influence [8].

Or voici comme l'orateur romain décrit cette procédure symbolique. Le revendiquant, après avoir indiqué clairement l'immeuble litigieux, prétend qu'il est à lui, et dit : « Je te conduis là au combat. » Son adversaire répond : « Et moi je te rappelle de là devant le magistrat. » Alors le magistrat prononce ces mots : « Si vos témoins vous accompagnent chacun, je vais vous montrer le chemin que vous devez prendre. » Puis il donne immédiatement l'ordre aux parties de se mettre en route [9]; il fait semblant de les accompagner, et les rappelle (*redite viam*). Puis enfin avait lieu la *vindicatio* comme pour les choses mobilières.

Aulu-Gelle raconte que de son temps encore les mots *ex jure manum conserere* étaient prononcés devant le préteur, dans les cas rares où se rencontrait la *legis actio* [10]. Il est probable que

[7] Dans le discours pro Muren. 12, Cicéron, avec une causticité rare, décrit les formalités observées *in jure*; tandis que dans les discours pro Cæcina et pro Tullio, ll. cc. il mentionne la *deductio* privativement faite sur les immeubles.

[8] Cic. pro Tullio, c. 20 ed. H. « — ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. » Huschke, p. 130.

[9] « Suis utrisque superstitibus, præsentibus, istam viam dico : inite viam. » L'explication de ces mots avait jusqu'ici beaucoup tourmenté les commentateurs. Conf. Fest. v. superstites.

[10] Gell. XX, 10 init. : « *Ex jure manum consertum* verba sunt ex antiquis actionibus, quæ, cum lege agitur et vindiciæ contenduntur, dici nunc quoque apud prætorem solent. »

toutes les formalités décrites par Cicéron se pratiquaient du temps d'Aulu-Gelle, et par conséquent même de Gaius [11]; seulement, la *deductio* pouvait fort bien n'en plus faire partie. Ces vains simulacres de procédure ne durent entièrement disparaître qu'avec la *legis actio sacramenti* elle-même.

§ XLII. — 2° *De la judicis postulatio* [1].

Le passage de Gaius qui traitait de l'action *per judicis postulationem* manque entièrement [2]. Il est à présumer que l'antique formule J. A. V. P. U. D. (*judicem arbitrumve postulo uti des*) était la formule solennelle employée pour demander un juge au magistrat [3], et que c'est ce qui aura fait donner le nom de

[11] De ce que Gaius garde le silence à ce sujet, il ne faut pas en conclure que ces formalités n'existaient plus de son temps; il a gardé le silence à ce sujet, soit parce qu'il n'a parlé que de la forme générale de la *vindicatio*, que par conséquent il n'a pas été amené à s'occuper de la forme spéciale aux immeubles, soit parce que l'endroit où il a pu en parler est une lacune du palympseste.

[1] Hugo, p. 276. Van. Hasselt, § 10, p. 50-59. Hübbe, de re judicata, p. 5 et suiv. Heffter, Obs. 4.

[2] Ce passage se trouvait entre la page 194 et la page 195. Confer. Goeschen, éd. 2, p. 307, note 44. Dupont, p. 25, pense que la *judicis postulatio* n'était pas une *legis actio* particulière. Tigerstroem a à ce sujet une opinion tout à fait bizarre : d'après lui, Gaius, dans le § 15 du Com. IV, aurait entendu parler de la *judicis postulatio*, parce qu'il y est question d'une *judicis datio*; et il n'en aurait pas parlé ailleurs, parce qu'il n'eu aurait plus eu l'occasion (p. 2 sq.): la *judicis postulatio* n'aurait pas été bornée à certains litiges. D'après lui toujours, comme la *condictio* était d'une date postérieure, et comme il n'y avait pas lieu à nommer un *judex* dans la *manus injectio* et dans la *pignoris capio*, comme, d'un autre côté, l'*actio sacramenti* était générale, il faut admettre qu'il y avait un *sacramentum* même lorsqu'on agissait pour avoir un juge; il y avait absolument les mêmes formalités à remplir; seulement, dans l'*actio sacramenti* sans *postulatio judicis*, c'était le magistrat qui jugeait lui-même; et lorsqu'il n'en était pas ainsi, par exception, quand, par exemple, ses nombreuses occupations ne le lui permettaient pas, il y avait un juge nommé par suite de la *judicis postulatio*; mais alors le *sacramentum* aurait eu lieu devant lui !!!

[3] Voy. § 8, note 2. Unterholzner, dans la crit. Zeits. IV, p. 208, applique cette formule à la procédure formulaire, où cependant il n'y avait

judicis postulatio à cette procédure qui, dans tous les cas, avait pour caractère spécial la constitution d'un juge privé. Il est vrai que le magistrat donnait un juge également dans la *condictio*, lorsque plus tard elle fut introduite; qu'il pouvait aussi en donner un dans l'action *sacramenti*, depuis la loi Pinaria seulement, comme c'est probable; mais toujours est-il que le nom de *judicis postulatio* a continué à désigner cette procédure particulière, parce que dans l'origine elle était la seule qui pût conduire à la nomination d'un juge. Il n'est pas nécessaire de supposer que le magistrat, dans la *judicis postulatio*, se soit borné à nommer un juge [4], qu'il ne lui ait pas donné une instruction pour le diriger dans ses fonctions; cela n'est pas nécessaire dans notre système, quoique ce soit fort utile pour expliquer la *judicis postulatio* dans le système de ceux qui admettent que, même dès l'origine, un juge pouvait être donné dans la *sacramenti actio*. En effet, la *judicis postulatio* ainsi expliquée serait l'action de la loi dans laquelle on n'aurait fait, devant le magistrat, que demander un juge.

A l'époque où la *legis actio per condictionem* n'existait pas encore, toutes les affaires litigieuses retirées à la *sacramenti actio*, et qui n'exigeaient pas immédiatement une voie d'exécution, appartenaient à la *judicis postulatio;* ce furent probablement toutes celles qui plus tard furent appelées de bonne foi, et qui pouvaient exister du temps de la loi des XII Tables [5]. En

pas de formalité solennelle pour demander un juge.—Comme les anciennes *notæ* avaient besoin d'être interprétées, il n'est pas étonnant que Valère Probus nous ait fait connaître des parties de l'antique formulaire.

[4] V. Hasselt, p. 56, se basant sur la différence qu'il y a entre les *formulæ* et les actions de la loi, pense que le magistrat qui donnait un juge dans ce dernier système ne lui donnait pas d'instruction. Mais il pouvait fort bien lui donner une instruction orale, qui ainsi n'aurait pas été la même que l'instruction écrite du système formulaire.

[5] Hübbe, l. c. Le passage de Cic. de off. III, 10: « Præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si eum teneremus (Pith. si ea rogaremus), *quæ salva fide facere possit*, » semble bien se référer à l'ancienne *judicis postulatio*. Si Cicéron ensuite, eod. c. 17, présente les actions de bonne foi comme détachées une à une : cette circonstance ne vient pas contrarier notre opinion; car elles ont été probablement peu à

effet, dans le système formulaire, l'*intentio juris civilis* des actions de bonne foi annonce une origine se rattachant aux actions de la loi (conf. § 51); or il n'est pas vraisemblable qu'alors on les mettait en pratique par l'action *sacramenti*. La formule « *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* [6], » que l'on rencontre à côté des autres formules du système formulaire, a une odeur d'antiquité qui rappelle les actions de la loi [7]; du reste, on y retrouve une partie adressant la parole à l'autre directement : et quant à la diversité des expressions employées dans les formules de bonne foi pour indiquer au juge qu'il doit juger d'après l'équité, elle vient probablement de ce que les paroles employées par les parties dans la *judicis postulatio* différaient suivant les diverses circonstances qui avaient donné lieu au litige. Ce qui vient encore à l'appui de cette opinion, c'est que, dans la procédure formulaire, et dans Cicéron spécialement, les *judicia bonæ fidei* sont appelés *arbitria*, et le juge de ces actions *arbiter* : ce serait un argument en notre faveur, en supposant toujours que du temps des actions de la loi on ne donnait un juge privé que dans la *judicis postulatio*; car il est certain qu'alors le *judex* s'appelait indifféremment *judex* ou *arbiter* [8].

peu et successivement distraites de l'action *sacramenti*, à cause du danger que présentait cette procédure originaire en exposant le perdant à payer le montant du *sacramentum* ; elles sont devenues ainsi partiellement l'objet de l'action spéciale *judicis postulatio*. Puis elles ont passé dans le système formulaire, où le nombre s'en est encore augmenté. Quant à la preuve que les actions de bonne foi ne doivent pas leur origine seulement au système formulaire, elle est suffisamment faite dans le texte du présent paragraphe.

[6] Cic. de off. III, 17.

[7] Heffter pense, sans preuve cependant, que cette formule s'appliquait purement et simplement aux actions personnelles de la *legis actio sacramenti*, V. supra, § 38, note 25, et croit, à cause des L. 1, § 12, dep. (16, 3), et L. 36 de pec. (15, 1), que l'action résultant de l'*obligatio nexi* était ainsi formulée. Mais, dans ces lois, les mots *captus fraudatusve* sont relatifs à la diminution du pécule; et précisément nous prétendons que cette formule s'appliquait à des cas de *fiduciæ actio*.

[8] Voyez supra, § 8, et Gœschen Bemerk. dans la Zeits. f. gesch. Rw. t. 5, p. 379, note 40.

Au reste, la *judicis postulatio* ne s'appliquait pas seulement aux actions qui furent ensuite appelées de bonne foi, de même qu'un *arbiter* pouvait avoir lieu dans d'autres actions, même sous le système formulaire. Il faut ajouter ici les actions qui, du temps de la loi des XII Tables, s'appelaient *jurgia de finibus* [9], l'action *si aqua pluvia nocet* que déterminait la loi des XII Tables elle-même [10], et toutes les actions où il fallait pour juger des connaissances matérielles, artistiques, et qui exigeaient des *arbitri* (il en fallait trois pour les *jurgia de finibus*), lesquels étaient en même temps juges. — Ce sont probablement ces juges qui étaient distingués des autres par cette dénomination spéciale. — D'après la loi des XII Tables, trois *arbitri* devaient aussi examiner *si quis vindiciam falsam tulerit* [11]. Parmi les causes soumises à la *judicis postulatio*, il faut également placer l'action *familiæ erciscundæ*, qui a son fondement dans la loi des XII Tables [12], d'autant plus que, dans la suite, elle prit rang parmi les actions de bonne foi. Enfin, dans tous les cas où il fallait une appréciation, on recourait probablement à la *judicis postulatio* [13] : on y recourait donc pour une action qui tendait à *dare facere*, lorsque l'exécution de cette obligation devait être remplacée par une indemnité [14], et peut-être aussi lorsque, la revendication ne

[9] Cic. de leg. III, 21, avec Nonius, c. 5, § 34, v. *Jurgium*. Voyez à ce sujet Dirksen XII, Taf. p. 475 et suiv. — La loi Mamilia semble réduire ces trois *arbitri* à un seul, Cic. l. c. — Voyez, au reste, Frontin. de limit. agror. dans Goes. p. 39 sq. Isid. Orig. V, 25. L. 3, C. Th. fin. reg. (2, 26), où la *controversia de loco*, différente de la *controversia de fine*, signifie un litige sur la propriété.

[10] L. 21 pr. D. de statul. (40, 7). L. 5, D. ne quid in loco publico (43, 8), conf. avec Cic. Top. c. 9. L. 24, D. de aqua et aqu. pluv. (39, 3).

[11] Festus, v. *vindiciæ*. — On ne sait pas trop ce qu'on doit entendre par là. Voy. Dirksen, XII T. p. 715 et suiv. — Heffter, ad Gai. IV, 13, p. 6, et Obs. VI, note 6.

[12] L. 1, pr. D. fam. ercisc. (10, 2).

[13] Heffter, p. 13.

[14] De cette manière s'explique comment Gaius, IV, 20, a pu dire qu'avant l'introduction de la *legis actio per condictionem* « de eo quod nobis dari oportet, » on pouvait agir *sacramento* ou *per judicis postula-*

pouvant produire ses effets naturels à cause de l'extinction de la chose revendiquée, il devait y avoir lieu à apprécier les dommages et intérêts dus à la place de la chose [13].

Il est présumable que la *judicis postulatio* fut restreinte à moins de cas qu'auparavant depuis la loi *Pinaria;* qu'elle le fut encore davantage depuis les lois Silia et Calpurnia (*v.* § 43), et qu'enfin elle disparut entièrement sous le système formulaire, où la nomination d'un juge ou d'un *arbiter* caractérisait la procédure.

§ XLIII. — 3° *De la condictio* [1].

La loi Silia a créé la *condictio* pour réclamer une somme d'argent déterminée, et la loi Calpurnia [2] pour toute autre *certa res* [3]. Dès le temps où vivait Gaius, c'était une question très-controversée que de savoir pourquoi on avait établi la *condictio* pour poursuivre l'exécution d'une obligation dont le but était de *dare* une *certa pecunia* ou toute autre *certa res*, puisque on devait pouvoir arriver au même but par l'*actio sacramenti* ou par la *judicis postulatio* [4]. Si, comme nous l'avons prétendu, la *judicis postulatio* était spéciale à tous les litiges qui exigeaient une estimation, la *condictio* n'aura été créée que pour faire concurrence à la *sacramenti actio*, et afin de pouvoir faire éviter aux plaideurs le danger du *sacramentum* dans tous les cas où il s'agissait de *dare* une chose déterminée, de même qu'auparavant la *judicis postulatio* n'aurait été imaginée que pour faire éviter le même danger dans les litiges dont

tionem. Car, par le *sacramentum*, on demandait la chose elle-même, comme cela est bien certain pour la *vindicatio.* Conf. Gaius, IV, 48.

[13] Car l'action *in rem* ne devint possible contre le *fictus possessor* que depuis le système formulaire, où il ne fallait plus que la chose fût présente pour qu'elle pût être revendiquée.

[1] Hugo, p. 277, v. Hasselt, p. 154-158. Heffter, Obs. V, p. 14.

[2] Il n'est pas possible d'assigner une date précise à ces deux lois; on peut seulement dire qu'elles ont précédé la loi Æbutia. Voyez à ce sujet v. Hasselt, p. 154-156.

[3] Gaius, IV, 19.

[4] Gaius, IV, 20.

l'objet devait être apprécié [5]. Dans la *condictio*, en effet, on ne se présentait pas devant le magistrat pour constituer un *sacramentum*, puis ensuite pour s'inviter à se retrouver trente jours après devant lui afin d'y recevoir un juge, comme cela avait lieu depuis la loi Pinaria. Le mot *condicere* signifiait *denuntiare* [6] dans l'ancienne langue romaine : la *condictio* était donc l'action de la loi par laquelle un créancier, se trouvant avec son débiteur devant le magistrat, le sommait solennellement de se retrouver trente jours après devant le même magistrat pour y recevoir un juge. Il est vraisemblable qu'il était convenu que le défendeur paierait une indemnité pour le cas où il ferait défaut (*contumaciam*) au jour indiqué, ce qui remplaçait la perte du *sacramentum* de l'action *sacramenti* encourue par le défendeur de plein droit, par cela seul qu'au jour indiqué par le magistrat pour la constitution d'un juge, il ne se présentait pas. Quant au fond du procès, la conséquence du défaut, dans la *condictio*, paraît avoir été, pour le défendeur, d'être considéré comme *confessus*, et dès lors de pouvoir être poursuivi par la *manus injectio* [7] au paiement de la chose

[5] D'après Tigerstroem, p. 16-22, il n'y aurait pas eu de différence entre la *condictio* et la *judicis postulatio* ; toute l'innovation aurait consisté à exiger qu'il y eût un *judex* pour la *certa res*.

[6] Gaius, IV, 18, avec § 15, J. de act. (4 ; 6), et Théoph. ibid. — Fest. v. *condicere*. De là *condictus dies* dans Gell. XVI, 4. Plaut. Curcul. A. 1, Sc. 1, v. 5. — Voyez aussi Servius ad Virgil. Æneid. III, v. 117. J. Goth. ad L. 1, C. Th. de denuntiat. (2, 4). *Condicere* signifie *convenir* dans la L. 66 pr. D. de cont. emt. (18, 1).

[7] Cela résulte du c. 21 de la *lex. Gall. Cis.* rapproché des principes que nous développerons dans notre § 44 sur la *manus injectio*. Heffter, l. c. fin. n'est pas tout à fait de notre opinion ; il pense que le *condicere* n'avait pas lieu devant le magistrat, que par conséquent ici il n'y avait pas de *vocatio in jus*. Mühlenbruch, Cess. 2e édit. p. 67 et suiv., admet bien que la *condictio* avait lieu devant le magistrat, mais non en présence du défendeur. D'après lui, le demandeur se serait présenté devant le magistrat, en présence de témoins ; là il aurait fait sa déclaration, puis ensuite on aurait averti le défendeur. Mais, à l'exception de la *pignoris capio*, toute action de la loi avait lieu en présence des deux parties et *in jure* ; voy. Gai. IV, 29. Or ici le *condicere* était l'acte caractéristique qui constituait cette *legis actio*.

due, si c'était une somme d'argent, comme cela avait lieu après trente jours, d'après la loi des XII Tables, contre celui qui avait effectivement avoué sa dette (§ 47).

La *condictio* aurait donc été imaginée pour éviter, dans un litige tendant à un *dare*, les formalités du *sacramentum* ainsi que la perte de la gageure encourue par celui qui, après s'être présenté, aurait échoué dans sa prétention : elle se serait appelée *condictio*, parce que le premier acte de cette procédure consistait dans la provocation dont nous venons de parler. Dès lors l'action *sacramenti* a dû être restreinte à la revendication, pour laquelle, du reste, la question préliminaire de possession exigeait une procédure particulière.

Quant à la différence entre la *condictio* et la *judicis postulatio*, elle résulte de ce que nous avons déjà exposé ; nous ne pouvons en dire davantage [8] ; seulement on peut ajouter que dans la *condictio* il n'y avait pas autant de formalités à remplir pour obtenir un juge que dans la *judicis postulatio*. Lorsque l'on put faire valoir le droit tendant à un *dare* par le système formulaire, toute trace de l'ancienne *condictio* dut disparaître [9].

§ XLIV. — 4° *De la manus injectio. — Introduction* [1].

Dans le langage des Romains, on entend par *manus injectio* l'exercice d'un droit par l'appréhension physique [2] d'une chose ou d'une personne, hors la présence de l'autorité. Voilà l'idée la plus générale de la *manus injectio*. Cette appréhension (*manum injicere*) était le moyen (non juridique) le plus facile,

[8] D'après Hübbe, p. 8, les formalités de la *denuntiatio*, ainsi que celles de la *judicis postulatio*, n'auraient pas été appropriées au but de l'obligation qui consiste à *dare*; d'après Heffter, au contraire, la *condictio* serait une procédure plus sommaire que toute autre.

[9] Gaius, IV, 18 fin. et 33.

[1] Van Hasselt, p. 60 sq. p. 88 sq. p. 150 sq. Heffter, Obs. VI, p. 15-17.

[2] Serv. ad Virgil. Æneid. lib. 10, v. 1, « Sermone juris manus injectio dicitur, quoties nulla juris auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus. » Conf. les passages réunis dans Briss. v. *manus*.

par exemple, pour un maître, de replacer son esclave sous sa puissance [3]; il appartenait également au père sur son enfant, au patron sur son affranchi [4]; et même, lorsqu'on vendait un esclave, on était dans l'usage de se réserver ce droit d'appréhension pour certains cas donnés [5]. Cette main mise sur une personne, que la loi des XII Tables autorisait même envers des personnes libres, indépendantes de celui qui l'employait, mais seulement comme préliminaire d'un litige, par exemple, dans la *vocatio in jus* (§ 108) et dans cette action de la loi elle-même [6], a fait donner à cette dernière le nom de *manus*

[3] Quand l'ami d'Appius Claudius a appréhendé Virginie comme son esclave, il exerçait à son égard la *manus injectio* permise au maître sur son esclave; mais il n'y avait pas là application de l'action de la loi *per manus injectionem*. Quand ensuite ce même ami d'Appius a vu que Virginie ne se laissait pas intimider par les menaces qu'il lui faisait de l'emmener de force, il a abandonné cette manière d'agir pour prendre la voie judiciaire de la *causa liberalis*: la *manus injectio* n'était donc pas un préliminaire, comme Heffter se l'imagine; en un mot, il n'y avait là rien qui ressemblât à l'action de la loi *per manus injectionem*. Liv. III, 44.

[4] Quinct. I. O. VII, 7 fin.

[5] Par exemple, *si ancilla prostituatur*,—ou bien pour le cas où l'esclave serait vu à la campagne. Cette réserve faite, lors de la vente d'un esclave, de *manum injicere* sur lui, ou de le *abducere*, est ici celle qui autorisait le vendeur de reprendre l'esclave comme s'il n'avait pas été vendu, sans être obligé, pour cela, d'intenter un procès. Sans doute il pouvait y avoir litige sur la question de savoir si la condition résolutoire était accomplie, ou s'il y avait eu réserve faite sous cette condition; mais ce litige possible était indépendant de la *manus injectio* praticable pour ce cas. Conf. Vat. fr. § 6. L. 9 D. de serv. exp. (18, 7). L. 20, § 2, de manum. (40, 1). L. 7, qui sine man. (40, 8).—L. 18, § 2, fam. erc. (10, 2). L. 5 C. eod. (3, 36). L. 1, 2 C. de serv. exp. (4, 55).—L. 10, § 1, D. de in jus voc. (2, 4). L. un. § 4, C. de lat. lib. (7, 6). Conf. aussi Buchholz ad Vat. fr. l. c. et plus bas, note 8.

[6] Dans ces deux cas, comme Hugo (p. 278) l'a très-bien fait remarquer, on suppose une résistance: dans la *vocatio in jus*, le refus de suivre le créancier; dans le second cas, le refus de payer. Mais il n'y a pas *legis actio* dans le premier cas, puisque le *vocare in jus* a lieu extrajudiciairement. Voy. la note 8. (La *manus injectio* de la *vocatio in jus* n'était cependant pas une action de la loi. E.)

injectio. En effet, la *legis actio per manus injectionem* se distingue de toute autre action de la loi, en ce qu'elle commence [7] par une saisie opérée par le demandeur sur la personne même du défendeur, devant le magistrat, en prononçant des paroles solennelles, et en ce qu'elle a pour but l'addiction. Les autres *manus injectiones* n'ont absolument aucun rapport avec l'action de la loi qui nous occupe [8]. Celle-ci, au contraire, a quelques rapports avec la *legis actio per condictionem*; mais dans ce sens seulement que, comme cette dernière, elle n'avait pour objet que le *dare* d'un *certum*, nommément d'une *certa pecunia*. Il est même à remarquer qu'entre les cas où s'appliquait la *manus injectio* (action de la loi) et ceux où figurait la *condictio* (action de la loi), le système formulaire n'a admis aucune différence. La constitution d'un *judex* n'était jamais la conséquence d'une *manus injectio* [9].

§ XLV. — *De l'état des addicti.*

La *manus injectio*, si l'on fait abstraction de certains cas de délits auxquels elle fut ensuite appliquée, avait son fon-

[7] Gaius, IV, 21 : qui agebat, sic dicebat, etc., et simul aliquam partem corporis ejus prendebat.

[8] De même toute *condictio* ne se rattachait pas à l'action de la loi *per condictionem*, ni tout dépôt d'un *sacramentum*, qui pouvait avoir lieu dans d'autres cas, à l'action de la loi *sacramenti*. Dupont, p. 27-32, professe l'opinion erronée qu'il n'y avait pas de *manus injectio* dans la *vocatio in jus*, parce que, dit-il, elle ne pouvait avoir lieu que dans une action spéciale de la loi. Mais voyez contra Schrader Heid. Jahrb. 1823, p. 948, v. Hasselt, p. 19, not. A. G. de Schrœter Observ. p. 25, not. — Heffter est allé plus loin encore que Dupont; il confond toutes les *manus injectiones* en une seule, celle de l'action de la loi qui nous occupe. Cependant il est bien évident que la *manus injectio* extrajudiciaire diffère de celle de l'action de la loi; car elle se rencontre encore très-tard, à une époque par conséquent où il n'y avait plus d'actions de la loi : par exemple elle était donnée contre les décurions qui s'enfuyaient. L. 181, C. Th. de decurion. (12, 1). Dans le droit de Justinien, on la retrouve partout où il s'agit d'esclaves; et n'existe-t-elle pas chez nous, où il est permis à un père de famille de faire emprisonner son fils, dans certains cas?

[9] Dupont, p. 33. Tigerstroem, p. 6.

dement dans les plus anciens principes du droit romain sur les obligations [1]. Son effet immédiat était de rendre *addictus* celui envers lequel elle était pratiquée. Or il faut bien se garder de confondre [2] un *addictus* avec un *nexus*. Le *nexus* était celui qui s'était constitué *in mancipium*, lui, sa famille et ses biens [3]: dans cet état, il était *capite minutus* [4]. On se déterminait à cette humiliation soit pour arriver ainsi à acquitter une dette [5] déjà existante, soit pour obtenir une somme d'argent à titre de prêt [6]. Dans ce dernier cas, on mettait sa personne en gage pour garantir le remboursement. Au moment où cette mise en gage se réalisait, il intervenait entre le créancier et le débiteur un contrat appelé *de fiducie*, en vertu duquel le débiteur avait le droit, après

[1] Voyez sur les dettes en général : Jo. Wendelin. Neuhaus, Diss. ad leg. Petiliam de obærat. debit. Lips. 1739, 4.—G. Fr. Buddeus de fatis debit. rom. temp. regum ac liberæ reipublicæ, 1760, dans opusc. T. II, n° 5, p. 84-105. De Raadt, de statu, conditione et jurib. debitorum obæratorum ap. Rom. Groning. 1763, dans OElrich, Th. nov. vol. III, t. 1, p. 298-332.—Chph. Christ. Dabelow, ausführl. Entwicklung der Lehre vom concurse der Glæubiger, c. 2-4, p. 15-104. Burnouf, de re judicata, p. 50 sq.

[2] Niebuhr (Golbéry), t. 2, p. 367-383. Sur l'état des *addicti*, voyez : Cujas Obs. XIII, 9. Pithou ad Coll. II, 3, note 9, dans Schulting. Salmasius de modo usurarum, c. 18, et observ. ad jus Att. et Rom. c. 11. Jo. Fr. Jugler dubia de sectione debitor. ap. Rom. Lips. 1741, 4, cap. 2, § 11. Heineccius Antiq. III, 30, § 2.—Gans Scholien, p. 160 et suiv. Van Hasselt, p. 69-79. Ed. Boecking de mancipii causis. Berol. 1826, c. 3, p. 82 et suiv. Rudorff dans le Rhein. Mus. f. Philolog. II, 2, p. 162. Ed. Fr. a Seckendorf de capit. deminutione minima, Colon. 1828, p. 16 et suiv.

[3] Liv. II, 24. Ce n'est pas plus extraordinaire ici que dans l'adrogation et la *conventio in manum*.

[4] Fest. v. « *Deminutus* capite appellatur, — qui liber alteri mancipio datus est. » Val. Max. VI, 1, n° 9. « — Propter domesticam ruinam et grave æs alienum C. Plotio *nexum se dare* coactus. »

[5] Varro de L. L. VII, 5 (p. 100 Bip. p. 58 Gothof.) : « Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dabat, dum solveret nexus vocatur. » (Sur cette leçon du texte, voy. Niebuhr, l. c. p. 377, note 487.) Il en était de même du *noxæ deditus*, Coll. II, 3, § 3, J. de nox. act.

[6] Dion. VI, 41.

avoir satisfait le créancier au terme indiqué, de le contraindre à lui rendre son état antérieur, de même que, lorsqu'il lui avait mancipé une chose à titre de gage, il pouvait, après avoir acquitté sa dette, le forcer à lui remanciper la chose donnée en gage. Tant qu'il restait dans les liens du *mancipium*, il était *nexus* ou *nexu vinctus*. On ne pouvait pas, en effet, être mancipé sous condition suspensive [7]; la mancipation devait produire son effet immédiatement; seulement on pouvait stipuler une résolution du *mancipium*, ou une rémancipation (ici, un affranchissement). Lorsque le débiteur était sorti du *mancipium*, il était *nexu solutus* [8]. Dans l'intervalle, le débiteur était donc *in mancipio* de son créancier, de même qu'une chose à lui mancipée *fiduciæ causa* se trouvait être dans son *dominium*; mais tout en étant *in mancipio* du créancier, il n'était pas dans sa possession: car la mancipation toute seule ne donnait pas la possession [9]. Si le débiteur, au terme convenu, ne payait point sa dette, le créancier pouvait alors le revendiquer, et obtenir, par l'addiction, la possession de son débiteur, en vertu du droit que lui avait conféré la mancipation.

Mais lorsqu'on employait l'action de la loi *per manus injectionem* (ici il n'y avait pas de *vindicatio*), il y avait addiction immédiate; il n'y avait pas besoin pour cela que le débiteur eût été d'abord *nexu vinctus* [10]; or, il n'y a que les personnes soumises de cette manière à l'addiction, que l'on

[7] Vat. Fr. § 329.

[8] Ce passage de la loi des XII Tables : « nexo solutoque—idem jus, » provient seulement d'un essai qui fut fait de compléter un passage de Festus v. Senatus. Conf. Dirksen, XII Taf. p. 165 et suiv. Quant à ce passage de Tite-Live, II, 23 : « nexu vincti solutique se undique in publicum proripiunt, » voici comment il se traduit : « *tant les nexi que ceux qui ne l'étaient pas* » (qu'ils fussent sortis du *nexum*, ou qu'ils n'y eussent pas été soumis). Cette explication est celle de Donjat ; elle a été adoptée par Niebuhr, t. 2, p. 377, note 488. Voyez Drakendorf ad Liv. l. c.

[9] Gaius, II, 204. IV, 131. Vat. fr. § 313.

[10] C'est pour cela que la formule de l'action n'est pas *aio*, *etc.*, *meum esse*, mais *ob eam rem* (parce que, étant condamné, tu ne payes pas), *ego tibi*, *etc.*, *manum injicio*.

appelle véritablement *addicti*. Cette *addictio*, ou plutôt la *legis actio per manus injectionem*, [11] était fondée, avant la loi des XII Tables, et en vertu de cette loi elle-même, sur la reconnaissance d'une dette d'argent [12] ou sur certains délits [13], du moins sur le *manifestum furtum* et tout autre délit placé dans la même catégorie que le vol manifeste [14]. — L'*addictus* [15] (qui était nommé *adjudicatus* ou *judica-*

[11] Voy. aussi Schrœter, observ. p. 24, note 35.

[12] Gaius, IV, 21. Gell. XX, 1 : « Æris confessi rebusque jure judicatis, etc. » Voy. § 46, note 2, avec Liv. VI, 14 : « judicatum pecuniæ cum duci vidisset. » Liv. VI, 34 : « fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant. » Liv. VI, 36 : «—gregatim quotidie de foro addictos duci.—» Liv. XXIII, 14 : « qui cum pecuniæ judicati in vinculis essent. » Dion. VI, 23 sub f. 83, sub fin. — Hugo, Mag. t. 2, p. 484 et suiv. Rg. p. 250, 310, a été conduit par la l. Gall. Cis. c. 21, 22, à faire la remarque qu'il s'agissait ici de dettes d'argent. En cela, il a raison; mais nous ne pouvons, avec lui et v. Hasselt, p. 88, restreindre cela à une *credita pecunia*; car les passages que nous venons de signaler supposent une sentence rendue, une condamnation. D'ailleurs, d'après la loi des XII Tables, il est évident qu'une *confessio*, un *judicatum*, suffisent pour autoriser l'*addictio* par la *manus injectio*. En tout cas, on voit dans Gaius, IV, 21 et suiv. avec quelle généralité on permettait le *domum ducere* et le *vinciri*. Or rien n'indique que l'action *judicati* dont parlent tous les passages cités n'ait été que la conséquence d'un prêt d'argent.

[13] Denys d'Hal. (VI, 83) distingue : 1° ceux qui ne peuvent payer leurs dettes (*nexi*); 2° ceux qui, après le délai légal, sont détenus par leurs créanciers (*addicti ex causa judicati*); 3° ceux qui, pour les délits privés, ont été condamnés et soumis à l'addiction. Mais, dans d'autres passages, on ne voit pas clairement s'il s'agit de *nexi* ou d'*addicti*. Voyez, par exemple, Liv. II, 23. Dion. V, 53. VI, 29 et 37.

[14] Gaius, III, 189. Gell. XI, c. ult. — Gaius, III, 194.

[15] Rudorff, l. c. admet avec Bœcking, l. c. que la *potestas* sur le *judicatus* (*addictus*) n'est rien autre chose que le *mancipium*, et que toute la rigueur du traitement que l'on faisait subir à un débiteur, dans cette position, n'était que le résultat de l'autorité judiciaire d'un chef de famille. En effet, disent-ils, il est difficile de supposer une quatrième espèce de *potestas* sur des hommes libres. Cette dernière observation est juste, car l'*addictus* n'était pas *alieni juris*; mais ce n'est pas un motif d'admettre l'opinion de Rudorff. En effet, il se fonde sur ce que : 1° Gaius (III, 199) place les *judicatos* en troisième ligne; 2° le débiteur est devenu *adjudicatus* par l'airain et la balance, puisqu'il y a une *nexi liberatio*;

tus[16] lorsqu'il avait été *addictus ex causa judicati*) était *in servitute*, sans cependant être esclave, c'est-à-dire qu'il était esclave de fait, sans l'être de droit[17], de même que celui qui était *in libertate* n'était libre que de fait, était protégé dans cette position, mais était esclave de droit. L'*addictus* était dans des rapports inverses du *statu liber* : celui-ci devenait libre en payant ; celui-là, en ne payant pas, perdait sa liberté, son

3° la position du *judicatus* cesse par la manumission ; 4° d'après L. 34, D. de re jud. conf. avec Gaius, I, 141, il y a de l'analogie entre l'*addictus* et celui qui est *in mancipio*.

Quant au premier motif, Gaius parle du *mancipium*; il le fait naître d'une véritable mancipation faite par une autre personne et non par le mancipé : de son temps, en effet, on ne se mancipait plus soi-même ; mais, en parlant du *mancipium*, il ne dit pas un mot des *adjudicati*, quoiqu'il y en ait cependant encore, et qu'il en parle même, III, 199. Dans ce passage, il parle de l'enfant qui est *in potestate*, de la femme qui est *in manu*; puis arrivant au *judicatus* ou *auctoratus*, il ne dit pas que le *judicatus* est *in mancipio*, il ne dit pas qu'il soit *alieni juris*. S'il ne dit rien du *mancipium* après avoir parlé de la *patria potestas* et de la *manus*, c'est sans doute parce que l'enfant ne pouvant plus être *in mancipio* que *dicis gratia*, on ne pouvait plus le voler (Gaius, I, 141). — Quant au second motif, il est bien certain qu'il y avait une *nexi liberatio*; mais alors il n'y avait libération que de l'obligation, et non de l'état de l'*adjudicatus*. En outre, quand une *certa res* a été léguée *per damnationem*, il y a aussi une *nexi liberatio*, et cependant l'obligation n'avait pas pris naissance *per æs et libram*. Si l'on objecte que le testament a été fait *per æs et libram*, nous répondrons que si cette objection était fondée, il en résulterait que toute obligation de payer un legs quelconque ne pourrait s'éteindre que par le *nexum*, ce que certainement n'admet pas Rudorff. Conf. aussi § 47, note 7, in fine. Disons donc que le droit sur la personne du *judicatus* vient de l'addiction, qui est le résultat de la *manus injectio*, laquelle *manus injectio* n'est pas une *vindicatio*. Voy. note 10. Quant au troisième motif, comparez notre texte avec la note 28. Quant au quatrième, nous ne nions pas qu'il n'y ait de l'analogie entre l'*adjudicatus* et celui qui est *in mancipio*; mais s'il y a quelque analogie, il y a aussi beaucoup de dissemblance.

[16] Gaius, III, 189, 199. L. 34, D. de re jud. (42, 1).

[17] Quinct. I. O. VII, 3 : — « an addictus, quem lex servire donec solverit jubet, servus sit, etc. » V, 10 : « aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quæstio solet. » Voyez aussi infra, note 28.

caput, ses biens et son honneur [18]. L'*addictus*, lorsqu'il était poursuivi *pro judicato*, était déjà d'avance traité comme esclave : il ne pouvait se défendre que par un représentant (*vindex*) ; et s'il ne trouvait personne qui voulût prendre sa défense ou payer pour lui, il était emprisonné et chargé de fers par son créancier [19], il couchait sur la litière et mangeait la nourriture des esclaves [20] ; il ne pouvait enfin servir dans les armées qu'en cas de nécessité, tandis que les *nexi* étaient admis au service militaire [21]. L'*addictus* toutefois, tant qu'il restait *addictus*, n'était pas déchu d'état, tandis que le *nexus* l'était déjà avant l'addiction [22]. L'enfant de l'*addictus* ne partageait pas le sort de son père [23] ; ce dernier pouvait même disposer de ses biens en toute liberté [24] : il en était autrement pour le *nexus* ; quant à ses biens, il est évident que par l'effet de la mancipation ils appartenaient à son créancier *per universitatem* [25]. Au contraire, un créancier ne pouvait atteindre qu'indirectement les biens que son débiteur ne lui avait pas abandonnés volontairement, qui

[18] § 46, Liv. VI, 34 init. Dion. VI, 41, 59.

[19] Note 12. Gaius, IV, 21.

[20] Voyez infra, § 46, et L. 34, D. de re jud. conf. avec L. 45. L. 234, § 1, D. de V. S. (50, 16).

[21] Liv. II, 24. Qu. I, O. VII, 3. Val. Max. VII, 6, 1. Niebuhr, l. c.

[22] Fest. v. deminutus (v. supra, note 3), ne parle pas de l'addiction comme cause de *capitis deminutio*. Quinct. infra, note 28.

[23] Quinct. III, 6 : « tempus—ex quo quæstio : an is, quem dum addicta est mater peperit, servus sit natus ? » La réponse doit dépendre de la question de savoir si l'on accordera un effet rétroactif à la servitude véritable dans laquelle la mère pourra tomber.

[24] « Si volet suo vivito. » XII Tab. conf. infra, § 46, note 2, L. 23, pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6). Ici le *in vincula privata ductus* peut, tant qu'il n'est pas réellement esclave, usucapere. — Ce qui ne permet pas de supposer qu'il est *alieni juris*.

[25] Ce fut donc un privilége qu'accorda le consul Servilius, en décidant (Liv. II, 24, conf. Dion. VI, 41) : « *ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve ejus moraretur.* » Que cela se soit appliqué à ceux qui étaient *nexi*, c'est ce que dit Tite-Live : « hoc proposito edicto, et qui aderant *nexi*, etc. »

ne l'avaient été que *imperio magistratus* [26]; par conséquent, par l'addiction et ses conséquences, on n'obtenait sur les biens de l'*addictus* que des moyens de contrainte indirects. — Celui qui avait été *addictus* pour un délit pouvait s'affranchir des entraves de son créancier, en payant la peine pécuniaire encourue, quand c'était une peine privée; mais quand l'*addictio* constituait la peine elle-même, comme dans le cas du vol manifeste, il est douteux qu'il en pût être de même: aussi s'est-on demandé si l'*addictus ex causa furti manifesti* était seulement *adjudicatus*, ou s'il était esclave proprement dit [27]. Mais celui qui était *in mancipio* était *servi loco* d'après le droit, avant de l'être de fait. Le *mancipium* s'éteignait par l'affranchissement, l'*addictio* par le paiement. Le *nexu solutus*, après l'affranchissement, était le quasi *libertus* de son ancien créancier; l'*addictus*, après l'avoir payé, ne conservait plus avec lui aucun rapport [28]. Ce que Servius Tullius supprima, et que rétablit Tarquin le Surperbe [29],

[26] Wachsmuth, R. G., p. 276 et suiv. Schrader heid. Jahrb. 1823, p. 919, et v. Hasselt, p. 88 et suiv. nient cette proposition qu'un créancier ne pouvait avoir atteinte sur les biens de son débiteur, dans l'origine, lorsqu'il n'avait pas mancipé lui ou ces biens. Mais le passage de Tite-Live, l. c. sur lequel ils se fondent, ne peut servir d'argument à cette opinion, du moment que l'on distingue les *addicti* des *nexi*. Quant à la *pignoris capio*, elle avait lieu sans l'autorité du magistrat, et seulement comme préliminaire d'une procédure; du reste, elle ne s'appliquait qu'à quelques cas exceptionnels. La l. Gall. cisalp. c. 22, ne présente que les principes de son époque.

[27] Gaius, III, 189.

[28] Sur les différences entre le *servus* et l'*addictus*, voyez Quinct. VII, 3: « Videamus propria differentiaque liberorum. Servus cum manumittitur fit libertinus, addictus recepta libertate (on ne dit pas qu'il reçoit la liberté par manumission) est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequetur, addictus solvendo, citra voluntatem domini (par conséquent sans manumission, par le seul paiement) consequetur. Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. *Propria liberi, quæ nemo habet nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum: habet hæc addictus.* » — Quinct. V, 3: « Aliud est servum esse, aliud servire. Qui servus est, si manumittitur fit libertinus, non itidem addictus (*sc.* fit libertinus).

[29] Dion. IV, 9. XIII, 43.

ce fut le *nexum* [30]. Si les patriciens exerçaient fréquemment contre les plébéiens les rigueurs du *nexum* et de l'*addictio* [31], il ne faut pas attribuer cela à un privilége attaché à la caste patricienne contre les plébéiens, mais seulement à ce que les plébéiens, étant pauvres, étaient contraints d'emprunter aux riches patriciens [32].

§ XLVI. — *Des addicti d'après la loi des XII Tables* [1].

Les mauvais traitements auxquels se trouvaient en butte les esclaves de la dette nécessitèrent des dispositions légales: c'est à quoi pourvut la loi des XII Tables de la manière suivante [2]. Depuis le *judicatum* ou la *confessio in jure*, le débiteur avait trente jours de délai pour aviser aux moyens de satisfaire son créancier [3]. C'est le délai de la

[30] Dion. IV, 9 : « Legem feram : *ne quis fœnerator in corpora libera jus habeat*, satis existimans fœneratoribus si bona debitorum possideant. » (Reisk.) Dirksen, Versuch. p. 345, prétend que cette loi n'a pas été décrétée. S'il en était ainsi, on ne concevrait pas que Tarquin l'eût abrogée. Voy. Schrœter, Obs. p. 15, note 15.

[31] Liv. VI, 36. Dion. IV, 11. — Liv. VII, 16. — Liv. V, 14. Conf. Niebuhr, l. c.

[32] Si ce droit n'avait compété qu'au patricien à l'égard du plébéien, quel aurait donc été le moyen qu'aurait pu employer le patricien contre un débiteur patricien? D'ailleurs cela ne s'expliquerait pas suffisamment par la différence des droits qui auraient régi les uns et les autres; car autre chose est une législation différente pour chaque ordre, autre chose une voie de contrainte pratiquée par un ordre contre l'autre. Enfin, comment expliquer, dans cette hypothèse, que le droit d'*addictio* ait survécu à la fusion complète des deux ordres?

[1] Litter. voyez supra. Voyez aussi la note suivante, et infra, note 18.

[2] Aulu-Gelle nous a transmis à ce sujet le passage suivant (XX, 10) : « Sic enim sunt opinor verba legis : *Æris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto, post deinde manus injectio esto, in jus ducito; ni judicatum facit, aut quis endo em in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne majore aut si volet minore vincito. Si volet suo vivito. Ni suo vivit qui em vinctum habebit libras farris endo dies dato, si volet plus dato.* Erat autem, etc. » Voyez Dirksen, XII Taf. p. 234-254, sur la variété des leçons de ce passage.

[3] Voyez les expressions *legitimum tempus* et *per legem* des L. 4, § 5. L. 7, D. de re jud. (42, 1).

loi Pinaria, de la *condictio*, et qui se rencontre encore dans plusieurs autres circonstances [4]; on le trouve plus tard désigné sous le nom de *dies justi* [5]. Ce délai expiré sans satisfaction, le créancier était autorisé à recourir à la *judicati actio* au moyen de la *manus injectio*: il appelait donc son débiteur *in jus*, là pratiquait sur lui la *manus injectio*; et si personne ne se présentait comme *vindex* du débiteur, il se le faisait attribuer comme *addictus* [6]. Le débiteur, une fois appréhendé, ne pouvait, en effet, *lege agere* lui-même, pour s'affranchir des conséquences de la *manus injectio*; pour cela, il lui fallait un représentant [7] appelé *vindex*. Celui-ci, lorsqu'il prenait sa défense, devenait *litis dominus*, d'après l'expression employée plus tard, et son intervention libérait le débiteur [8].

[4] Voyez supra, § 38, note 18; §§ 44, 77 et 79. En outre, Tab. Her. c. 2, l. 41. Conf. Dirksen observ. ad leg. Gall. Cis. p. 53. Conradi ad Tab. Her. et Dirksen civ. Abh. t. 2, p. 260.

[5] Festus, v. *justi*. Macrob. Sat. I, 16.

[6] Dans la loi des XII Tables, du moins comme nous l'a transmise Aulu-Gelle, il n'y a pas de description de la *manus injectio*; il y a seulement « *manus injectio esto* » (ce qui doit être précédé d'un *ducere in jus*); si le débiteur ne consent pas à aller *in jus*, et qu'il ne se présente aucun *vindex* pour y aller à sa place, « *secum ducito*, etc. » Quant à Gaius, IV, 21, son but est de décrire la *manus injectio* elle-même, et non de nous faire connaître le contenu de la loi des XII Tables. La formule de la *manus injectio*, que ne contenait certainement pas cette loi, était, d'après Gaius, ainsi qu'il suit: « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es* (par exemple) *sestertium X millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millium judicati manus injicio.* » A la fin du § il est ajouté que celui qui ne trouvait pas un *vindex* « *domum ducebatur ab actore et vinciebatur.* » Et ici encore Gaius ne nous fait pas connaître la manière de traiter *l'addictus* comme la prescrivait la loi des XII Tables.

[7] Gaius, l. c.

[8] Conf. Aulu-Gelle, l. c. avec Gaius, l. c. Festus, v. *vindiciæ*, dit absolument la même chose: « Vindex ab eo qui vindicat, quominus is qui prensus est, ab aliquo teneatur. » Il n'y a pas de doute que Gaius (L. 231, § 1, D. de V. S.) a voulu déterminer les conditions de solvabilité que devait présenter le *vindex*, lorsqu'il dit: « Locuples est, qui satis idonea habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit. »

S'il ne se présentait pas de *vindex*, le créancier conduisait l'*addictus* dans sa maison, le chargeait de fers (*domum ducito*, *vincito*) : c'est alors que la loi devait venir prendre la place de l'arbitraire d'autrefois [9]. Ainsi, d'après la loi des XII Tables, les chaînes ou les entraves [10] ne devaient pas peser plus de quinze livres [11], et il était permis à l'*addictus* de pourvoir lui-même à sa subsistance; s'il ne le pouvait pas, il n'avait droit qu'à la nourriture des esclaves [12]. Il pouvait se faire que, par suite d'une transaction, le débiteur sortît de cet état de contrainte; c'était même ce qui arrivait le plus ordinairement [13]. Si cette transaction n'intervenait point, l'*addictio* durait soixante jours, pendant lesquels le créancier devait conduire son débiteur sur la place publique, à trois *nundinæ* subséquentes, et là publier (*prædicare*) *quantæ pecuniæ judicatus esset*. Si à l'expiration de ce délai il ne s'était présenté aucun *vindex*, l'*addictus* éprouvait une déchéance d'état, il perdait son *caput*

La l. Gall. Cis. c. 21, l. 23, exige expressément du *confessus* un *vindex locuples*; et d'ailleurs cette donnée se trouve corroborée par cette considération que, dans le système formulaire, le *judicatum solvi satisdare* a remplacé le *vindex*. Gaius, IV, 25, in fine. Voy. v. Hasselt, p. 68, note 19. Conf. infra, § 111.

[9] Voyez note 6.

[10] Fest. v. *nervum*.

[11] La leçon du passage de la note 2, supra, le dit ainsi. Cujas, Obs. III, 39, semble l'admettre.

[12] Le créancier devait lui donner par jour une livre de froment. Voyez encore Hor. Sat. I, 5.—Mais *si volet, plus dato*. Conf. L. 234, § 2, D. de V. S. Donat. ad Terent. Phormio, II, 1, v. 20.

[13] « Erat autem (continue Gell.) jus interea paciscendi; ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies, trinis nundinis continuis ad prætorem in comitiis producebantur, quantæque pecuniæ judicati essent, prædicabatur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. » — Ce *pacisci* rappelle le « *ni cum eo pacit* » de la loi des XII Tables. Festus, v. *Talionis*, Gell. XX, 1. Il était aussi permis à l'*addictus ex furti causa* de se libérer de l'addiction avec de l'argent : « *Et de furto pacisci Lex permittit.* » L. 17, § 14, D. de pact. rapprochée de la L. 17, § 1, eod. : « *Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum item furti.* »

et ne pouvait plus rester dans l'état romain. Le créancier ou les créanciers devaient le tuer, ou le vendre comme esclave pour aller à l'étranger [14]. Le prix de cette vente leur servait d'indemnité, mais le surplus de la créance était perdu [15]. S'il n'était pas vendu, et si les créanciers se déterminaient à le tuer, ils coupaient son cadavre en morceaux qu'ils se partageaient; s'ils l'avaient coupé en morceaux non proportionnés à leur créance, ils n'encouraient pas de peine pour cela : c'est du moins ce que décidait la loi des XII Tables [16]. Trois écrivains non jurisconsultes, du troisième siècle de notre ère, affirment que, chez les anciens Romains, l'on prenait à la lettre les passages de cette loi sur le meurtre du débiteur et le partage de ses dépouilles mortelles [17]; ce n'est pas étonnant; car il y avait quelque

[14] « *Trans Tiberim peregre*, » par conséquent à l'étranger. Vendu à un citoyen romain, l'*addictus* ne serait pas devenu esclave, il n'aurait pu tomber que dans son *mancipium*. G. F. Puchta dans le Rhein. Mus. f. Jurispr. II, 1, p. 385 et suiv.

[15] Longtemps encore la *capitis deminutio* a éteint les droits civils du débiteur et les actions de ses créanciers.

[16] *Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerint, se* (*sine*) *fraude esto*, » d'après Gell. XX, 1. Ce passage était probablement suivi de ces mots : « *si volent trans Tiberim venum danto*. » Voyez Pithou, et J. Goth. ainsi que Dirksen, p. 261 et suiv.

[17] Sont de cette opinion : Cujas, Parat. Cod. VII, 71. Sigonius, de ant. Jur. Rom. dans Græv. Thes. t. 1, p. 82. Spanhem. Orb. Rom. lib. II, exult. Salmasius de usuris, c. 18, de modo usur. c. 18. Voyez contra Herald de rer. jud. auct. II, 25, § 6 sq. dans Otto Thes. t. II, p. 1284 sq. Salmas. Obs. ad jus Att. et Rom. L. B. 1745, c. 11, p. 318. Herald croit que, par *sectio corporis*, il faut entendre le partage de ses services; Robert. rer. jud. lib. II, c. 6, entend par là le partage de ses biens. Bynkershoeck, Obs. I, 1, pense que *capitis pœnam dare* signifie *payer les intérêts moratoires*, et *in partes secare*, *la vente publique du débiteur*. Il ajoute qu'il n'y avait, en effet, qu'une vente publique qui pût présenter des garanties aux créanciers (*se fraude esto*). Plusieurs ont suivi cette opinion; seulement quelques-uns d'entre ces derniers ont cru que *capitis pœnam dare aut venum dare* signifiait que les créanciers avaient le choix ou de conserver le débiteur lui-même comme esclave, ou de le vendre. (Mais alors pourquoi le vendre à l'étranger?) De cette dernière opinion sont : Hoff.

chose d'analogue dans le droit germanique [18]. Il est vrai que, dans la suite des temps, les mœurs [19] et l'esprit d'une législation moins dure [20] n'ont plus permis ces atrocités, la perte du *caput* (de la vie ou de la liberté), mais seulement la vente des biens; toutefois cette vente devait être faite après le même délai, et entraînait les mêmes conséquences relativement à l'*existimatio* du débiteur et aux droits des créanciers [21].

§ XLVII. — *De la manus injectio à une époque postérieure.*

Celui qui ayant été appelé une première fois devant le magistrat, dans l'action *per condictionem*, ne venait pas s'y re-

dissecando, Cantabrig. 1742, dans Fellemberg, Thes. t. I, n° X. Quant à l'opinion d'après laquelle les créanciers auraient eu le droit de tuer le débiteur, et de se partager les lambeaux de son cadavre, voyez Jo. Fr. mann, hist. jur. t. II, p. 179-181. Jo. Taylor, de inope debitore in partes Jugler, dubia de sectione debitorum apud Romanos interpretationis Bynkershœkianæ opposita, Lips. 1741, 4, Herrm. Cannegieter Obs. I, 16. G. J. Jacobson, de debitorum sectione ex lege XII Tabularum, Lugd. Batov. 1780, 4. L'ont encore entendue an figuré von Allmendingen, über den mater. u. form. Concurs, Giess. 1797, p. 52 et suiv. et Dabelow, Concurs, p. 46 et suiv. Mais Niebuhr pense qu'il faut prendre à la lettre la loi des XII Tables. Hugo, p. 311, est maintenant moins disposé à admettre que par la *sectio corporis* on doive entendre le partage des actions. Quant à v. Hasselt, p. 81 et suiv. Il soutient qu'il s'agit ici seulement d'un arrangement entre les créanciers relativement au prix de vente, ou aux services du débiteur. — Conf. les deux parties du passage de Gell. XX, 1. — Quinct. III, 6. Tertull. apolog. c. 4. Ces trois auteurs du troisième siècle sont Aulu-Gelle, Quintilien et Tertullien.

[18] Voy. Jac. Grimm. dans la Zeits. f. gesch. Rw. t. 3, p. 125 du même, Rechtsalterth. Gœtt. 1828, p. 615 et suiv.

[19] Des expressions de Tertullien et de Quintilien (*quam legem mos publicus repudiavit*), nous ne tirerions pas positivement cette conséquence. Mais si cette institution avait été abolie par une loi, elle n'aurait pu rester inconnue. Quant à la loi *Petillia Papiria*, elle n'a pas de rapport avec ceci. Voy. infra § 48.

[20] « *Papiriana ratione*, » dit Rudorff dans le Rhein. Mus. f. Philol. II, p. 163, note 4.

[21] Conf. infra § 76 et suivant. Contins, lectiones subsecivæ, II 18. Niebuhr, l. c. Puggé dans le Rhein. Mus. f. Jurispr. II, p. 88.

présenter pour recevoir un juge, après le délai de trente jours, était soumis, d'après les lois Sillia et Calpurnia, à la *manus injectio*, bien entendu après la formalité de la *vocatio in jus*. La loi Petilia (Papiria) de l'année 428 [1] n'est venue modifier en rien la *manus injectio* [2]; elle a eu seulement pour but d'abolir le *nexum* pour la *credita pecunia*; elle l'a laissé subsister pour les délits; elle a encore moins porté atteinte à l'*addictio* [3]. Nous ignorons jusqu'à quand le *nexum* pour

[1] Liv. VIII, 28. Cic. de rep. II, 33, 34. Dion. frag. XVI, 9.

[2] Auparavant on adoptait l'opinion que la loi Petilia et l'édit du préteur avaient aboli l'*addictio*, et avaient introduit à la place la *bonorum proscriptio*; que seulement, lorsque les biens ne suffisaient pas, on avait encore appliqué l'*addictio*. Voyez infra, note 6. De telle sorte que sous Sylla et sous Jules-César il aurait fallu la supprimer totalement. Quant à la question de savoir si la loi Petilia a aboli l'*addictio*, voyez § 78, note 10, infra. Quant à la question de savoir si l'on appliquait l'*addictio* quand les biens ne suffisaient pas (voyez Cæs. B. C. III, 1: Suet. Cæs. 42), ce ne fut que temporaire. — Herald (l. c. p. 1284) pense que, depuis la loi Petilia, il n'y avait plus que le *carcer publicus*. Dabelow (p. 84 et suiv.) pense que cette loi n'avait pas défendu à un débiteur de se soumettre volontairement à un *nexum*. Schrader, dans le Magaz. de Hugo, t. 5, p. 184 et suiv. veut que cette loi n'ait eu pour but que d'adoucir la rigueur de l'*addictio*. Dirksen Tab. Her. p. 108 et suiv. admet, au contraire, l'opinion ancienne. Enfin v. Hasselt, p. 156 et suiv. applique la loi Petilia, et avec raison, aux *nexi* et aux *addicti* d'alors, ce qui est confirmé par Denys d'Halycarnasse; ensuite il pense qu'elle défendait dorénavant le *nectere* (ce qu'il prend à tort pour charger de fers), mais qu'elle ne défendait pas le *addicere*. Voyez la note suivante.

[3] Voyez Niebuhr, l. c. t. 2, page 378, note 490. — Voici comme s'exprime Tite-Live, l. c.: « Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt; mutatum autem jus ob unius fœneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob æs alienum paternum nexum dedisset, etc. — Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei (le *nexum se dare*); jussique consules ferre ad populum, NE QUIS, NISI QUI NOXAM MERUISSET, DONEC POENAM LUERET, IN COMPEDIBUS AUT IN NERVO TENERETUR: PECUNIÆ CREDITÆ BONA DEBITORIS, NON CORPUS, OBNOXIUM ESSET. Ita nexi soluti, *cautumque in posterum, ne necterentur.* » Ce qui veut dire: « Personne, excepté celui qui s'est mancipé *noxæ causa*, ne doit rester dans les fers; et, pour l'avenir, les débiteurs qui ne le sont qu'à titre d'emprunt d'une somme d'argent, ne doivent

délits a subsisté ; mais il est certain que l'*addictio* s'est conservée longtemps avec son emprisonnement et ses fers [4] ; bien plus, dans la suite, plusieurs lois étendirent la *manus injectio* à des cas où il n'y avait pas eu condamnation, qu'elles autorisèrent à considérer comme s'il y avait eu *judicatum* (*pro judicato*), et même à des cas où l'on ne feignait pas un *judicatum* : cette dernière s'appelle *pura* [5]. L'*addicere* et le *ducere domum*, à l'égard du moins de ceux qui *judicatum non faciunt* et des *confessi*, durèrent non-seulement jusqu'aux lois *Juliæ* [6], mais même après ces lois ; seulement, à cette dernière époque, les formes avaient changé, ce que nous exposerons ultérieurement aux § 75 et suivants. La loi Aquilia, de l'année 465, paraît avoir déterminé positivement dans quelles actions on pouvait encore appliquer la *manus injectio* [7].

plus engager leurs personnes ; le gage de leurs biens doit suffire. D'après cette *rogation*, les *nexi* actuels sont libérés, et pour l'avenir il ne doit plus y avoir de *nexum* (*ne necterentur* ; car *quodcunque per æs et libram geritur* NECTI *dicitur*, Fest, v. *nexum*). » Cette explication avait été déjà donnée par Salmasius.

[4] Voyez aussi infra, §§ 76-78.

[5] Gaius, IV, 22, 23.

[6] Cic. de or. II, 63, pro Flacco, 20, in fine. L. Gall. Cisalp. c. 21. Val. Max. VII, 6, n° 1. Sall. Catil. 33. Celui qui avait été condamné à une *multa* ou à une *litis æstimatio* dans une instance publique avait à craindre aussi le *duci jubere* et les *vincula*. V. § 76 infra, notes 11 et 12. —Conf. aussi Terent. Phormio, II, 1, v. 20, et ibid. Donat. : « *Obærati* quum solvendo non essent, ipsi manu capiebantur. » Ces mots : « prove quo datum depensumve est, erit, » indiquent leur libération par un tiers. Voyez ces mots dans la Tab. Her. II, l. 41, ed. Dirksen, p. 113. Sénèque, benef. III, 8, dit aussi : « qui pecuniam pro addicto dependeret. »

[7] Dans Gaius, au § 21, IV, on trouve dans le manuscrit « *l. aq'lia.* » Goeschen rend cela par « *lege aliqua*, » ce qu'adopte Dirksen, XII Taf. p. 240, note 308. Schrader (Heid. Jahrb. de 1823, p. 962) ; Savigny, Hugo (Rg. p. 332, note 5), et Heffter ad Gaium, IV, 21, p. XII, veulent qu'on lise « *lege Aquilia.* » Ce qui porterait à croire que cette dernière leçon est la meilleure, c'est d'abord que la loi Aquilia, rendue à l'occasion des dissensions qui existaient entre les patriciens et les plébéiens (Thoph. IV, 3, § 15), a eu pour but de mettre, par une procédure prompte, un frein aux dommages qu'elle était destinée à réprimer : or la *manus injectio* était bien propre à remplir ce but. En outre, cette expression *dam-*

De ce nombre était l'action *judicati*, empruntée à la loi des XII Tables; l'action *damni injuria* y fut ajoutée: pour d'autres délits, il n'y eut plus *manus injectio*. Quant au *furtum*, l'édit prétorien remplaça l'*addictio* par la peine du quadruple [8].

Après la loi Aquilia [9] d'autres lois établirent encore la *manus injectio pro judicato*, et celle appelée *pura*. Par analogie de ce qui eut lieu ensuite dans le système formulaire, la *manus injectio pro judicato* pourrait s'appeler action *judicati* utile.

natus es de la formule du § 21, IV, indique assez la loi Aquilia; en effet, l'expression *damnas esto*, que l'on trouve L. 2 pr. L. 27, § 5, D. ad legem Aquiliam (9, 2), correspond à celle de *damnatus* du § 21. Cette expression se trouvant également employée dans les testaments pour le legs *per damnationem* (*damnas esto dare*), on peut en conclure qu'ici aussi, quand l'objet du legs était une *certa pecunia*, on appliquait la *manus injectio*. En effet, quand Gaius, IV, 21, donne la formule de la *manus injectio* pour le *judicatum*, ce n'est qu'à titre d'exemple (*velut* judicati). D'ailleurs ce qui prouve qu'il y a une grande analogie entre l'obligation naissant du *judicatum* et celle naissant d'un *damnas esto*, par exemple, l'obligation née du legs *per damnationem* d'une somme d'argent, c'est que l'une et l'autre, produites sans la formalité de la balance et de l'airain, s'éteignaient cependant par cette formalité (Gaius, III, 173, 175). Dans Tite-Live, VI, 14, on trouve aussi que le *manum injicere* et le *libra et ære liberare* ont des rapports fort étroits. Gaius n'ayant parlé du *judicatum* qu'à titre d'exemple, il est donc très-présumable qu'on pouvait appliquer ce qui est dit du *judicatum* à l'obligation née de la loi Aquilia; et ainsi se justifierait la leçon ci-dessus proposée. Dans tous les cas, il est certain que l'action qui naît du second chef de la loi Aquilia correspond parfaitement à l'action *depensi*; or cette dernière donne lieu à la *manus injectio* (Gaius, IV, 22), et s'éteint aussi *per æs et libram*. Ces quatre actions: *judicati*, *depensi*, *legis Aquiliæ*, et celle résultant d'un legs *per damnationem* d'une somme d'argent, offrent ce point incontestable de ressemblance que, dans chacune d'elles, *lis infitiando crescit* (§ 179).

[8] Gell. XI, c. ult. Gaius, III, 189.

[9] *Postea*, dit Gaius, IV, 22, si on lit au § 21 *lege Aquilia*, il est évident que ces *quædam leges* du § 22 sont postérieures à la loi Aquilia. Au reste, on ne sait pas si, avant cette loi, il y avait une PURA *manus injectio*; s'il en existait une, comme Heffter le prétend pour celle de la loi Marcia, il faudra dire que la loi Aquilia n'avait aucun trait à cette *manus injectio*. Heffter, p. 16.

Quant à la *pura*, elle se distinguait des autres en ce que le défendeur pouvait, sans *vindex*, s'y défendre par une action de la loi [10]. La loi Publilia a encore établi une *manus injectio pro judicato*, dans l'action *depensi*, contre celui qui, ayant été cautionné par une *sponsor*, ne lui remboursait pas, dans les six mois, les sommes que le *sponsor* avait payées pour lui. La loi Furia en a établi une aussi, dans l'action *de sponsu*, contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile dans la dette. Plusieurs autres lois non dénommées l'ont établie pour d'autres cas [11]. La loi Furia sur les testaments accordait la *manus injectio pura* [12] contre celui qui avait reçu, à titre de legs, plus de mille as, sans être dans un des cas d'exception. La loi Marcia permettait d'agir par la même *manus injectio*, pour répéter des usuriers les intérêts par eux indûment perçus [13]. Enfin, une loi a permis à quiconque était appréhendé par suite de la *manus injectio* de se défendre lui-même, excepté dans les actions *judicati* et *depensi* : ce furent les seuls cas où la *manus injectio* ne fut pas *pura* [14]. Tel fut le sort de la *manus injectio* jusqu'aux lois Juliæ, qui la supprimèrent totalement comme action de la loi [15].

§ XLVIII. — 5° *De la pignoris capio.*

La *manus injectio* était un mode d'exécution sur la personne, en vertu d'un droit constaté et liquide ; la *pignoris capio* était un mode d'exécution en vertu d'un droit semblable, mais sur les biens, et constituait un gage. De même que l'*addictus* se

[10] Dans la formule on lisait ces mots, sans addition de *pro judicato* : « *ob eam rem ego tibi manum injicio.* » Gaius, IV, 22-25.

[11] Gaius, IV, 22.

[12] Gaius (IV, 24, in fine) dit que dans la formule de la loi Furia on avait inséré l'expression *pro judicato*, quoiqu'elle ne figurait pas dans la loi.

[13] Gaius, IV, 23, 24, init.

[14] Gaius, IV, 25.

[15] Gaius, IV, 25, fin. avec 30 et 31. Dirksen Versuche, p. 130-132. Confer. supra, § 35.

libérait en payant, de même le maître de la chose soumise à la *pignoris capio* pouvait la recouvrer en désintéressant son créancier [1]. Cette manière de constituer un gage [2] se réalisait *extra jus*, la plupart du temps hors de la présence du débiteur, en prononçant certaines formules (*certis verbis*), mais dans les cas seulement qui étaient déterminés par les *mores*, ou par les *leges*, ou spécialement par la loi des XII Tables [3]. Il était dans l'esprit des anciennes institutions de Rome que certaines personnes fussent obligées d'équiper un *equus publicus*, ou de fournir de l'argent pour l'équiper (*æs equestre*), ainsi que pour le fourrage (*æs hordearium*) [4]. Ces personnes étaient les veuves et les orphelins riches, parce qu'ils n'étaient représentés dans le contrôle de l'armée par aucun *pater-familias*, et qu'il était cependant bien juste qu'ils prissent part aux charges publiques [5]. La *pignoris capio* avait été établie *moribus rei militaris* [6], pour contraindre au paiement de ces sommes les personnes à qui l'*eques* avait été assigné pour l'équipement, de même qu'elle avait été introduite par l'usage contre le tribun du fisc (*qui æs*

[1] Arg. Gaius, IV, 32, conf. avec IV, 29.

[2] Gaius, IV, 29.

[3] Gaius, IV, 26-28.

[4] Liv. I, 43.—Gaius, IV, 27. Fest. v. *Equestre æs* et v. *Hordiarium æs*.

[5] Liv. l. c. ne parle que des *viduæ*: « Ad equos emendos dena millia æris ex publico data, et, quibus equos alerent viduæ attributæ, quæ bina millia æris in annos singulos penderent. » Or, L. 242, § 3, de V. S. et L. 101 eod. dit: « Viduam non solum eam quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, appellari ait Labeo. » — Les orphelins étaient mis sur la même ligne que les femmes ou les filles; c'est ce qui résulte de Cicéron, de republica, II, 20, où l'on trouve comme type de l'institution romaine l'exemple des Corinthiens, qui assignaient aux chevaliers des sommes sur les veuves et les orphelins riches. Voyez Niebuhr, l. c. t. 2, p. 228. (M. Bonjean, t. 1, p. 408, dit que par *orbi* on doit entendre les célibataires; mais on ne verrait pas trop pourquoi; car les célibataires pouvaient fort bien figurer dans le contrôle de l'armée. E.)

[6] Gaius, IV, 27.

tribuebat) pour l'*æs militare* [7]. Il en était ainsi déjà, dans le premier cas, avant la loi des XII Tables ; cela n'eut lieu, dans le dernier cas, que depuis cette loi, qui accordait aussi la *pignoris capio* [8] à celui qui avait vendu une victime (*hostiam*) [9] contre l'acheteur qui n'en payait pas le prix ; et aussi contre celui qui ne payait pas le loyer d'une bête de somme, lorsque ce loyer était destiné à un sacrifice [10]. Par une autre loi, dont le nom est illisible dans Gaius, probablement la loi Censoria [11], la *pignoris capio* appartenait aux *publicani* pour le recouvrement des impôts [12]. Une formule leur était encore donnée du temps de Gaius, par fiction de cette action de la loi [13].

Nous n'avons pas de renseignements précis sur l'abolition de la *pignoris capio*, qui d'ailleurs ne s'appliquait qu'à certains cas concernant les militaires, les pontifes et le fisc.

DEUXIÈME SECTION. — Des formules.

§ XLIX. — *Introduction.*

L'influence complexe de la procédure des actions de la loi et de celle introduite par l'usage pour les pérégrins a produit le

[7] Gaius, IV, 27. Niebuhr fait la remarque qu'il faut lire *tribuebat*, et non *distribuebat*. Gell. VII, 10.

[8] Voyez aussi L. 238, § 2, de V. S.

[9] Il est certain que la solde des militaires n'est venue qu'après, Liv. IV, 59. Cependant quelques auteurs ont voulu qu'elle existât avant la loi des XII Tables, à cause de la place qu'elle occupe dans les divers cas de *pignoris capio* de Gaius. Hugo, Rg. 10e édit. p. 270. Schrader, Heid. Jahr. de 1828, p. 640. Mais Wenck, dans la Leipz. litt. Zeit. 1823, nº 24, in fine, pense que le § 27 de Gaius se réfère aux *mores* postérieures à la loi des XII Tables ; et Dirksen, XII T. p. 706, note 721 a, semble partager ce dernier avis.

[10] Gaius, IV, 28.

[11] C'est une telle loi en effet qui est la source des prérogatives et des obligations des fermiers des impôts. L. 203, D. de V. S. Varro de R. R. II, 1, Cic. ad Quint. fratr. I, 12. Arg. frag. de jure fisci, § 18. Dirksen Versuche, p. 132, XII Taf. p. 747.

[12] Gaius, IV, 28, in fine. Cic. Verr. III, 11.

[13] Gaius, IV, 32.

système formulaire, dans lequel le juge recevait du magistrat un écrit lui traçant sa conduite : de là aussi la diversité des formules. Celles-ci ont pour but, d'une part, de fixer les points litigieux qui doivent être éclaircis dans le *judicium*, et, d'autre part, de désigner au juge les principes qui doivent déterminer sa sentence. C'étaient donc de véritables sentences conditionnelles, des condamnations subordonnées à la vérification de la question en litige. Si les parties, devant le magistrat, étaient d'accord sur les faits du procès, il ne pouvait y avoir de *judicium*, aucune formule n'était donnée [1]. La formule était composée de parties principales et de parties accessoires (*adjectiones*) : des parties principales celle qui joue le rôle le plus important est celle qui précise la question dont la solution doit amener la sentence; elle s'appelle *intentio*; elle est essentielle à la formule. Ce qui caractérise principalement le système formulaire, c'est que le juge doit toujours condamner à une somme d'argent.

Peu après, suivant la diversité des prétentions, ont apparu une grande variété de formules, les unes se modelant sur les actions de la loi, d'autres produites sans alliage et sans réminiscence (*sua vi ac potestate*), d'autres enfin résultant de la combinaison du droit ancien avec le droit prétorien [2]. Comme les *actiones*, elles étaient aussi publiées d'avance sur l'*album* [3]; et suivant que la tournure de l'édit indiquait que le nom de l'auteur de la formule devait être conservé, par exemple : *quorum bonorum ex edicto* MEO *illi possessio data est* [4], la formule portait elle-même le nom de ce préteur qui l'avait édictée. Telle est la formule suivante : « *Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum* ILLIUS *prætoris in jus vocatum esse* [5]. » Au reste, il dépendait des plaideurs de choisir parmi

[1] (Voyez M. Ducaurroy, n° 1173. E.)

[2] Gaius, IV, 10, 32, 33, 34.

[3] Cic. Verr. III, 65.

[4] L. 1 pr. D. quor. bon. — Cic. pro Quint. 27 : « qui ex edicto meo in possessionem venerint. »

[5] Gaius, IV, 46 : « ..... contra edictum *illius* prætoris. » — Cic. pro

les diverses formules, de proposer toute *conception* qui n'était pas défendue ; mais à leurs risques et périls ; car un mauvais choix ou une conception défectueuse entraînait la perte du droit[6] (*causa cadere*) et d'autres conséquences fâcheuses. Aussi, pour éviter une semblable erreur, avaient-ils recours aux jurisconsultes[7]. Paul avait écrit un livre *de conceptione formularum*. On ne pouvait se présenter devant le juge sans formule, et ce n'était qu'extraordinairement que le magistrat jugeait lui-même. Plus tard, sous les empereurs chrétiens, le magistrat remplissant en même temps les fonctions de juge, il n'y eut plus de *formularum conceptio*. Tous les *judicia* alors étaient devenus par conséquent *extraordinaria*, comme Justinien le dit pour son époque[8]. Nous traiterons spécialement de ce dernier système de procédure.

ARTICLE PREMIER. — De la conception des formules.

§ L. — *Fictions des legis actiones.*

Parmi les droits que l'on faisait valoir dans le principe au moyen des actions de la loi, quelques-uns se sont réalisés, sous le nouveau système, par une formule imitée de ces anciennes

Quint. 8 : « si bona sua ex edicto P. Burieni prætoris dies XXX possessa non essent. » Cic. ad div. VII, 21 : « ni bonorum Turpiliæ possessionem Q. *Cæpio* prætor ex edicto suo mihi dederit. » Conf. Ed. Huschke de causa Siliana, ad Cic. ep. ad div. VII, 21. Rostoch. 1824, 4, p. 15.

[6] Voy. Gaius, IV, 68. — Cic. de inv. II, 19. Quinct. I, O. III, 6, § 69. Cic. pro Mur. c. 4. Keller, über Litisc. p. 502-506, a réuni des passages, en grand nombre, plus ou moins précis à ce sujet. *Lite cadere* se trouve dans Festus, v. Liti cecidisse.

[7] Cic. Top. c. 17. Cic. pro Mur. c. 4.

[8] § 8, J. de interd. (4, 15) .... Quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia). Dans la L. 47, § 1, D. de neg. gest. (3, 5), on attribue ce passage à Paul : « Nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur, *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est.* » Il y a déjà longtemps qu'on s'est aperçu qu'il y avait ici une interpolation. Voyez Wissenbach, emblemata Triboniani. Schulting ad Paul. I, 4, note 22. — Mühlenbruch, cession, 2e édit. p. 167. Savigny, dans la Zeits. f. ges. Rw. t. 5, p. 20, note 27.

actions (*formula quæ ad legis actionem exprimitur*) : elle prescrivait au juge de condamner le défendeur à la somme à laquelle il eût été condamné si telle ou telle action de la loi avait été appliquée. C'était même pour arriver à donner quelques exemples de semblables formules que Gaius s'est cru obligé de commencer par exposer les actions de la loi [1]. Mais le passage où Gaius traitait des actions feintes est illisible jusqu'à la fin, où l'on trouve une formule donnée aux publicains par une fiction de la *pignoris capio* [2]. Comme immédiatement après il ajoute qu'on n'a imaginé aucune formule *ad condictionis fictionem* [3], on doit en conclure que toutes les autres actions de la loi avaient servi de type à de semblables fictions, et qu'il en existait encore au moins une partie du temps de Gaius [4], quoique nous n'en connaissions pas d'autres que la *sponsio*, peut-être, pour l'action *in rem*. (Voy. infra, § 64.) La fiction s'opérait, sans doute, en ajoutant à l'*intentio* des paroles annonçant que, pour la sentence, le juge devait se référer à telle action de la loi : cette modification affectait donc plutôt la partie de la formule appelée *condemnatio*; tandis que les formules où la *condemnatio* était purement et simplement une conséquence de l'*intentio* [5] n'étaient pas feintes dans ce sens, mais avaient leur effet *sua vi ac potestate*. De cette dernière espèce sont non-seulement toutes les formules qui tendent à un *dare*, par conséquent pour les cas régis autrefois par la *legis actio per condictionem*, mais encore un grand nombre d'autres [6], et en général presque toutes celles dont nous parlerons plus loin.

[1] Gaius, IV, 10. Quædam præterea sunt actiones, quæ ad legis actionem exprimuntur, quædam sua vi ac potestate constant. Quod ut manifestum fiat, opus est ut prius de legis actionibus loquamur.

[2] Conf. Gaius, IV, § 32, avec § 34 init.

[3] Gaius, IV, 33.

[4] Conf. Gaius, IV, 10. Il s'exprime au présent : « *proponitur, exprimitur.* »

[5] Gaius, IV, 33 ... « Eam (*rem* ou *pecuniam*) ipsam dari nobis intendimus, nec ullam *adjungimus* (dans la *condemnatio* sans doute, conf. IV, 32) condictionis fictionem. »

[6] Gaius, IV, 33 et 10.

§ LI. — *Formulæ in jus, in factum, conceptæ. Partes formularum* [1].

Les formules qui n'étaient point modelées sur les actions de la loi pouvaient cependant, dans leurs *partes*, contenir certaines expressions empruntées à ces actions antiques. C'est ce qui arrivait ordinairement pour les actions qui émanaient de l'ancien droit civil. Ces *partes* étaient au nombre de quatre, savoir : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio* et l'*adjudicatio* [2]. Gaius définit la *demonstratio* cette partie de la formule qui indique les faits à l'accasion desquels s'est élevé le litige [3]; l'*intentio*, la partie de la formule qui fixe le point de droit à vérifier résultant des faits indiqués dans la *demonstratio* [4] (*juris contentio* [5]. Quant à l'*adjudicatio*, c'est la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir d'adjuger, lorsque cela est nécessaire, par exemple, dans le cas de partage [6]. Enfin la *condemnatio*, qui termine la formule, est cette partie qui investit le juge du pouvoir de condamner ou d'absoudre [7] : ces deux pouvoirs ne peuvent pas en effet être séparés [8].

L'*intentio*, telle que nous venons de la définir, ne se trouve que dans les actions civiles. Gaius, à cause de cela, l'appelle *juris civilis intentio* [9]; la formule elle-même a le nom de *in jus concepta*. On nomme *in factum* celle où l'on ne trouve pas

[1] Dupont, p. 71-80. Burnouf, p. 17-19. Heffter ad Gaium, p. 54 sq. 58 sq.

[2] Gaius, IV, 39. Hugo, p. 684 suiv.

[3] Gaius, IV, 40... « Ut demonstretur res de qua agitur. » Voy. encore IV, 47 Init. 136, 137.

[4] Gaius, IV, 41, 35 f. Voyez des exemples dans Cic. Verr. II, 12, pro Rosc. C. c. 4. L. Gall. Cis. I, l. 26, 35 sq. Val. Max. VIII, 2, n° 1. Gaius, IV, 34 f. 47 Init. 86, 131.

[5] Gaius, IV, 60.

[6] Gaius, IV, 42.

[7] Gaius, IV, 43.

[8] L. 3, D. de re jud. (42, 1). L. 37, D. de R. J. (50, 17).

[9] Gaius, IV, 45.

talis intentionis conceptio, mais seulement le fait [10] qui sert de fondement à la question de droit [11]. Ce même fait, dans la formule *in jus*, est dans la *demonstratio*; ici il constitue l'*intentio* [12], de telle sorte qu'il n'y a pas de *demonstratio* dans les actions *in factum* [13]. Au reste, l'*intentio* peut être précédée d'une *præscriptio* qui la modifie; c'est ce que nous verrons plus loin, § 55.

[10] D'après Dupont, p. 71-78, par la formule *in factum*, le juge aurait mission d'examiner seulement un point de fait, et par la formule *in jus*, mission de décider ce que le défendeur doit prester d'après le droit et la loi. Voy. contra Mühlenbruch, Cession, 2e édit. p. 147, note 250.

[11] Gaius, IV, 45, 46, 47, 60. Gaius ne dit pas que l'indication du fait constitue l'*intentio*; il dit que les formules conçues *in factum* sont celles dans lesquelles *initio formulæ nominato eo quod factum est*, on ajoute immédiatement après la *condemnatio*. On pourrait donc définir la formule *in factum* celle qui n'a pas d'*intentio*, qui ne se compose que d'une *demonstratio* et d'une *condemnatio*, ainsi que nous l'avons fait dans les Jahrb. f. wiss. Critik. de 1827, p. 973 et suiv. Mais, ainsi que le fait remarquer Keller, über Litisc. p. 248, Gaius attribue évidemment une *intentio* à la formule *in factum*; en effet, à la fin de IV, 60, il dit qu'il peut y avoir dans la formule *in factum* une plus pétition : or il ne peut y avoir plus pétition que dans une *intentio*. Voyez infra § 178 et les L. 1, C. si pign. conv. (8, 33), L. 1, C. de non num. pec. (4, 30), qui parlent d'une *intentio* pour l'action hypothécaire, qui est *in factum*. D'ailleurs la fin de IV, 60, mentionne positivement une *intentio*. Enfin les formules qui n'ont qu'une *intentio*, c'est-à-dire les actions préjudicielles, ne présentent très-souvent qu'un fait à examiner, Conf. § 60 infra.

[12] Keller pense que Gaius a voulu, dans sa définition de la *demonstratio* et de l'*intentio*, seulement donner la signification des mots eux-mêmes; qu'au fond la *demonstratio* était une préparation à l'instruction principale, et l'*intentio* cette instruction même. — Il ajoute que dans cette définition il n'a eu en vue que les formules *in jus*, tandis qu'il aurait dû embrasser aussi les formules *in factum*. Il est vrai que la définition de Gaius a eu principalement pour objet la formule *in jus* : mais dans la formule *in factum* il y a aussi une *demonstratio*; seulement elle se confond avec l'*intentio*, ou, si l'on veut, elle disparaît comme telle; en effet, *initio formulæ* se trouve le fait qui constitue l'*intentio*, et auquel se rattache immédiatement la *condemnatio*.

[13] Voy. Heffter ad Gaium, p. 55. C'est ce que dit expressément Gaius, si nous admettons la leçon proposée par Gœschen : *in ea vero, quæ in factum concepta est*.

§ LII. — *Rédaction des parties de la formule.*

Si paret, ou *quidquid paret* sont les premiers mots de l'*intentio*, et par conséquent de la formule elle-même lorsqu'elle n'a pas de *demonstratio*. La formule *in factum* commence ainsi ou d'une manière analogue [1], précisément parce que l'indication du fait constitue l'*intentio*, tandis que, dans la formule *in jus*, une *demonstratio* indicative du fait précède l'*intentio* [2]. Le *si paret*, à la troisième personne, était étranger aux actions de la loi, où, les parties prononçant elles-mêmes les paroles, le tout devait être à la première personne [3]: mais cette rédaction à la troisième personne était précisément employée pour les procès relatifs aux pérégrins. Ainsi de ces mots des actions de la loi: *aio te mihi dare oportere*, on a fait *si paret N. N. A. A. dare oportere*; de *aio hanc rem meam esse*, on a fait *si paret hanc rem Titii esse*. Cette autre *intentio: si paret dare facere oportere*, accompagnée d'une expression se référant à l'équité, a été aussi empruntée, en se modifiant aussi à la troisième personne, aux paroles prononcées par le demandeur dans la *judicis postulatio* (conf. § 42 supra); de même que la forme *pro fure damnum decidere oportere* [4], qui constitue l'*intentio juris civilis* des actions pénales [5], est venue de ce qui se disait dans l'ancienne procédure [6].

Quant à la *demonstratio*, voici comme elle peut dériver des actions de la loi. Au commencement de la *legis actio* on indiquait le motif du litige; ainsi dans la *vindicatio* on commençait ainsi: « *Sicut dixit;* » dans la *manus injectio*: « *Quod tu mihi judicatus.* » C'est de là qu'est venue, dans la formule, la *demonstratio*, dont le premier mot était aussi *quod*.

[1] On lit dans Cic. pro Tullio, c. 7, ed. H.: « Quantæ pecuniæ paret, etc. »

[2] Voyez ce qui a été dit au § précédent.

[3] Le mot *parere* semble avoir été une expression solennelle pour les formules. Voyez Petron. Sat. 137. Huschke, p. 100.

[4] Gaius, IV, 37, 45. L. 61, § 1, 2, 5, D. de furt. (47, 2).

[5] Huschke, p. 376.

[6] Conf. § 46, note 13.

L'*intentio* et la *demonstratio* des actions civiles, ainsi que leurs définitions, peuvent donc fort bien avoir leur origine et leur type dans les actions de la loi. Partant de la même idée, on pourrait comprendre pourquoi l'*intentio in factum* se confond avec la *demonstratio*, en admettant que toutes les actions *in factum* ont été formées dans le système formulaire à l'imitation des formules en usage pour les pérégrins sous le système des actions de la loi; car on ne pouvait appliquer aux pérégrins le droit civil.

En ce qui concerne les autres parties de la formule, l'*adjudicatio* rappelle encore l'*adjudicare* des actions de la loi; aussi n'a-t-elle lieu avec ses effets translatifs de propriété quiritaire que dans les actions *in jus;* dans les *judicia imperio continentia* il en était autrement (voyez supra, § 34). Enfin la *condemnatio* est une partie essentielle de toute instruction dont le but est d'arriver à contraindre un défendeur à donner la satisfaction qui est due (voyez § 69, infra): or le *damnare* des actions de la loi, qui avait toujours une somme d'argent pour objet, comme le prouve l'action *judicati* fondée sur une sentence résultant de l'obligation *damnas esto*, et en général l'ensemble de la *legis actio per manus injectionem*, a servi de modèle au *condemnare* et à l'*absolvere* du système formulaire. Ce qui le démontre surtout, c'est que dans toutes les actions de ce dernier système, tant *in jus* que *in factum*, la *condemnatio* est *ad pecuniariam æstimationem concepta*, même pour les cas où, sous le système des actions de la loi, on pouvait arriver à la prestation en nature de la chose litigieuse [7]. — C'est de la manière dont l'*intentio* de la formule est conçue que dépend la forme de la *condemnatio*. Si, par exemple, l'*intentio* comprend ces mots: « *si paret sestert. X m.*, » la *condemnatio* porte: *id condemna;* si, au contraire, elle présente ces mots: « *quidquid paret*, » on trouve dans la *condemnatio:* « *quanti ea res erit condemna* [8]. » A la suite de *condemna* ou *condemnato*, il faut

[7] Gaius, IV, 48.

[8] Voyez des exemples dans Gaius, IV, 43, 46, 47, 50, 51, 86. Voyez infra, §§ 56 et 57.

ajouter : *si non paret, absolve* ou *absolvito* [9]. La *condemnatio*, en effet, est cette partie de la formule qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre [10].

§ LIII. — *Des rapports des parties de la formule entre elles.*

D'après l'histoire des formules en général et de leurs diverses parties en particulier, il est évident que lors de la loi Æbutia elles existaient toutes, formules et parties, telles que nous les trouvons exposées dans Cicéron, sans en excepter la partie de la formule appelée *adjudicatio*, quoiqu'il n'y ait pas de document positif qui la concerne. Ce silence n'a rien qui doive nous étonner; car l'*adjudicatio* n'avait lieu que rarement dans les actions en partage; et d'ailleurs ici elle était accompagnée probablement toujours de la *condemnatio*, ou plutôt l'une et l'autre se trouvaient intimement liées [1].

Mais de cette circonstance que toute *condemnatio* tendait à une somme d'argent [2], nous devons, à ce qu'il nous semble, tirer cette conséquence que les formules ne servaient, dans le principe, qu'à réaliser des obligations; aussi ne s'appelaient-elles que *actiones* [3]. Elles sont, en effet, déjà peu propres à faire produire des effets aux droits contre les personnes; pour en faire des actions réelles il a donc fallu, à plus forte raison, imaginer un détour [4]. Comment mettre en harmonie la *con-*

[9] Gaius, IV, 43, 46, 47, 50.—Dans Gaius, IV, 43, in fine, Gœschen et Heffter veulent lire : « Condemnato et reliqua, ut non adjiciatur : *si non paret absolvito.* » Mais Gaius, ayant mis, après *condemnato, et reliqua*, a voulu indiquer la fin de la *condemnatio*, qui ne peut être que *si non paret absolve*; alors pourquoi supposer cette fin du paragraphe : *ut non adjiciatur : si non paret absolvito?*

[10] Gaius, IV, 43.

[1] Gaius, IV, 42, § 20, J. de act. (4, 6). § 4, 5, J. de off. jud. (4, 17). — L. 2 f. D. fin. reg. (10, 1).

[2] Voy. Hugo, p. 585.

[3] L. 28, D. de O. et A. (44, 7). L. 178, § 2, de V. S. Husehke, Anal. p. 140.

[4] Conf. infra, § 64. — Hollweg, Zeits. t. 5, p. 380. G. J. Ribbentrop, Comment. ad L. 16, § 5, D. de pignor. et L. 9, § 1, D. de except. rei jud. Gott. 1824, 4, p. 10, not.

demnatio, dont le but doit être d'obtenir un paiement d'une personne, avec une *intentio* contenant une prétention relative au *meum esse?* Au contraire, pour les actions personnelles, l'*intentio* contient une prétention relative à une obligation; lorsque l'obligation, dans ces dernières, tend à un fait ou à la prestation d'une chose, la *condemnatio*, à la vérité, ne peut produire la réalisation de ce fait ou la prestation de cette chose; elle doit remplacer ce fait ou cette prestation par une somme d'argent qui en est l'équivalent [5]; mais enfin ce n'est encore qu'une obligation substituée à une autre obligation. Une formule avec une *intentio in rem* n'a donc dû s'introduire que difficilement. Il est plus facile de supposer l'existence d'une formule préjudicielle, qui ne consiste que dans une *intentio*, parce que la formule préjudicielle n'a pour objet que de faire constater un droit ou un fait duquel on veut, plus tard, tirer avantage [6].

Comme nous venons de le dire, il pouvait se rencontrer des formules composées seulement d'une *intentio*; d'une *demonstratio* ou d'une *condemnatio* seulement, non [7]. Mais plusieurs formules ne comprenaient qu'une *intentio* avec une *condemnatio;* il en est ainsi pour toutes les formules *in factum*, puisque ici l'*intentio* contient aussi la *demonstratio*. Il pouvait en être de même dans les formules *in jus:* en effet, si elles étaient réelles, inutile d'indiquer le motif de la prétention, le fait générateur de la propriété ou du droit réel [8]; si elles étaient

[5] Keller, p. 211.

[6] Gaius, IV, 44. Theoph. IV, 6, § 13. Conf. infra, § 69. On a fait sur Théophile beaucoup de critiques relativement à ce qu'il a dit à ce sujet. C'était assez naturel, puisque Gaius seul nous a donné de l'*intentio* la véritable idée. Cependant Cujas, Obs. XVIII, 23 sub f. avait deviné la vérité.

[7] Conf. Gaius, IV, 44, où le copiste toutefois a fait confusion à la fin. Voyez les diverses corrections proposées dans les éditions de Gœschen et de Heffter. Conf. Heffter, Obs. XIII.

[8] En effet, l'obligation diffère suivant les causes qui lui ont donné naissance, « singulas obligationes singulæ causæ sequuntur; » mais la propriété est toujours la même, peu importe la cause de son acquisition : « neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem

personnelles, et tendaient à un *certum* quelconque, ou au moins à une *certa pecunia*, il n'y avait pas besoin non plus d'uno *demonstratio* [9], le motif de l'action s'annonçait de lui-même [10]. Si, au contraire, la formule personnelle avait une *intentio incerta*, elle avait besoin d'être précisée par l'énoncé du fait, du motif de l'action, par conséquent il fallait une *demonstratio* [11]. On était, pour ce cas, dans l'usage de relier cette dernière avec l'*intentio* par une petite clause en soi insignifiante [12], telle que *qua de re agitur*, qui se référait au fait litigieux [13].

deberi potest, » L. 14, § 2 D. de except. rei jud. (44, 2). Ici, par conséquent, « omnes causæ una petitione adprehenduntur, » L. 14, § 2, cit. L'action *in rem* suppose donc un droit absolu, indépendant de tout motif d'acquisition, de telle sorte qu'elle ne pourrait, après un échec, se reproduire fondée sur un autre mode d'acquisition. L. 11 pr. § 1; § 5 L. 30, pr. D. eod. On ne pourrait triompher de l'exception *rei judicatæ* qu'en se fondant sur une acquisition postérieure, L. 11, § 4, 5, D. eod. On a cru jusqu'ici que la revendication pouvait être intentée *expressa* ou *adjecta causa*, c'est-à-dire en s'appuyant sur tel ou tel mode d'acquisition, et qu'alors, si on avait échoué, on pouvait l'intenter de nouveau, en invoquant une autre cause d'acquisition, sans avoir à craindre l'exception *rei judicatæ*; et, pour cette opinion, on se fondait sur la L. 11, § 2, L. 14, § 2 D. eod. Mais cette opinion a été victorieusement attaquée par G. F. Puchta, dans le Rhein. Mus. f. Jur. II, 3, p. 251. Voyez la véritable interprétation de ces textes, ibid. p. 258 et 258-270.

[9] Gaius, IV, 41 avec 43, et IV, 34 f.—Gaius, IV, 86.—Cic. Verr. II, 12.—Keller, p. 247, note 12.

[10] Cela résulte de Cic. pro Rosc. C. c. 4, où la question de savoir si le *dare oportere* avait pour cause la *numeratio*, ou l'*expensilatio*, ou la *stipulatio*, n'aurait pas pu être faite, si la formule l'avait elle-même énoncé. Heffter, p. 70. Il ne faut pas croire cependant que, dans ce cas, la cause de l'obligation ne pouvait pas figurer dans l'*intentio*, que celle-ci n'aurait pas pu être ainsi conçue : « Si paret N. N. A. A. sest. X millia *ex stipulatu* (ou *ex testamento*) dare oportere. » Car Gaius, IV, 55, dit : « Si quis *ex testamento* dari sibi intenderit, cui ex stipulatu debebatur. » Arg. L. 18, D. de O. et A. (44, 7), et Quinct. IV, 2, n° 6 : « Satis est dixisse : certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento. »

[11] Gaius, IV, 136.

[12] Cic. pro Mur. c. 13, se moque de cette petite clause.

[13] Gaius, IV, 60 : « In ea formula, quæ in jus concepta est, initio res, de qua agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur juris

Dans la formule *in factum*, où il n'y avait pas à distinguer si l'*intentio* était *certa* ou *incerta*, la désignation de l'objet en litige était renfermée dans l'*intentio* [14]. Il en était de même pour les formules conçues *in rem*; leur *intentio* ne tendant pas à une prestation, il n'y avait ni *certum* ni *incertum*. La *demonstratio* et la *condemnatio* réunies ne pouvaient seules constituer une formule [15].

§ LIV. — *Actions in factum, et actions utiles* [1].

Les formules conçues *in jus* ayant une *intentio juris civilis*, il en résulte déjà que les formules des actions fondées seulement sur le droit prétorien sont conçues *in factum* [2]: mais on ne doit pas conclure de là que toutes les actions *in factum* n'ont leur fondement que dans le droit honoraire. Il pourrait, en effet, se faire que des actions civiles fussent appliquées au moyen de formules *in factum*; car il est certain que l'album du préteur offrait pour certains cas d'actions civiles des formules soit *in jus*, soit *in factum* [3]. On avait recouru à cette dernière pour rendre applicable un ancien principe de droit civil à des personnes qui, à la rigueur, n'auraient pu l'invoquer, non parce

contentio his verbis : *quidquid ob eam rem illum mihi dare facere oportet.* » Gaius, IV, 131 : « Formula, qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est : *quidquid ob eam rem* N. N. A. A. *dare facere oportet.* » — Conf. Gaius, IV, 47, et L. Gall. Cis. I, l. 23, avec l. 26, 30, 32, 33, 39.

[14] Gaius, IV, 60, sub fine. — Voy. L. 14, § 3, quod met. caus. (4, 2). L. 1, § 40, 41, depos. (16, 3). L. 19, D. de furt. (47, 2). L. 7 pr. de injur. (47, 10).

[15] Heffter, p. 59, pense qu'il n'y a pas d'*intentio* dans les actions en partage. Mais alors elles ne seraient ni *in jus* ni *in factum*. En outre, s'il en était ainsi, comment pourraient-elles être classées parmi les actions de bonne foi (§ 63)?

[1] Chr. Fr. Ge. Meister, de in factum actionibus, opusc. syll. I. — Mühlenbruch, Cession, 1re édit. p. 117-145. Ed. Gans, über Obligationenrecht, Heid. 1819, p. 137-152. Mühlenbruch, dans Heid. Jahrb. de 1821, no 5, p. 66-69. — Hugo Rg. 10e édit. p. 595. Mühlenbruch, Cession, 2e édit. p. 138-169. Heffter ad Gaium, p. 56-58.

[2] Voyez aussi Théoph. IV, 6, § 12. Mühl. Cess. p. 148, note in fine.

[3] Gaius, IV, 47 et 60.

qu'elles étaient pérégrines, mais parce qu'elles se trouvaient sous la puissance d'autrui, par exemple, à des fils de famille [4] : l'action ainsi appliquée devenait *utilis*. Bientôt ce moyen d'utiliser le droit civil fut employé par le préteur, même pour des cas non prévus d'avance par l'édit. L'expression *utilis actio* présente donc, dans son sens naturel, l'idée d'une action mise en pratique relativement à telle personne, pour laquelle sans cela elle aurait été *inanis* [5] : dans son sens technique, et en interprétant cette expression d'une manière plus large, elle indique une action appliquée avec une extension qu'elle ne comportait pas originairement [6] ; et alors, par opposition, l'action appliquée d'après sa destination primitive s'appelle *directa* [7]. Des formules conçues *in factum* d'abord pouvaient elles-mêmes recevoir une semblable extension ; il serait inexact par conséquent de regarder l'action utile comme synonyme de l'action *in factum* : mais quand d'une action civile on faisait une action *in factum* par extension, on l'appelait *utile* [8] à cause du résultat, et *in factum* à cause de la forme. Les actions conçues primitivement *in factum* pouvaient bien devenir *utiles*, mais elles ne le devenaient pas évidemment à cause du changement de forme : l'action *in jus* elle-même pouvait être rendue utile par un autre moyen.

[4] L. 13 conf. avec L. 9 D. de O. et A. (44, 7). Mühlenbruch, Doct. Pand. § 306, note 1, et Cession, p. 148 à la note. Heffter, p. 58.

[5] L. 24, § 2, D. de lib. caus. (40, 12). L. 37 mand. (17, 1). L. 30, § 1, de A. E. V. (19, 1). L. 2 de æstim. (19, 3).

[6] Mühlenbruch, Cession, 2e édit. p. 140. Gans, p. 138. Jén. L. X. de 1821, p. 204. — L. 21 D. de præscr. verb. (19, 5). Ce qui prouve que la dénomination *utile* ne tient pas à la forme de cette action, mais à son résultat, ce sont les diverses manières dont une action peut devenir *utile*, la grande diversité de cas où elle peut se rencontrer, et enfin cette circonstance que, depuis la suppression du *judiciorum ordo*, sous Justinien même, il y a encore plusieurs actions utiles. § 34 J. de rer. div. L. 47, § 1, D. de neg. gest.

[7] L. 47, § 1, D. de neg. gest. Sur les diverses significations du mot *directum*, voyez Mühlenbruch, Cession, p. 141, note 237.

[8] Il est dit des fils de famille qu'ils peuvent actionner *utili* judicio, L. 18, § 1, D. de jud. (5, 1).

D'un autre côté, il est certain que la manière de faire une action utile d'une action civile par une formule *in factum* n'a pas seulement pour but de rendre le droit civil applicable à des personnes qui, sans cela, n'auraient pu l'invoquer, mais encore d'atteindre des hypothèses en dehors de la sphère pour laquelle l'action *in jus* avait été créée d'abord. En effet on rencontre, dans les textes, les expressions « action utile de la loi Aquilia, action *in factum* de la loi Aquilia » employées indifféremment pour exprimer que l'action s'applique à des cas non prévus par la loi Aquilia, par une extension motivée, non sur les qualités de la personne qui l'invoque, mais sur l'analogie des faits [9]. Et cela se conçoit : il suffit que l'action *in jus* s'étende pour un motif quelconque pour qu'elle soit *utile* [10] ; elle est du reste *in factum*, car on ne peut plus se fonder sur le droit civil lorsqu'on ne se trouve pas placé dans les circonstances que le droit a prévues, mais seulement dans une position ayant quelque analogie avec lui; alors l'action qu'on obtient à cause de cette analogie, si elle ne repose pas sur l'édit prétorien

[9] L. 7, § 3, 6, L. 9 pr. § 2, L. 11, § 8, 10, L. 12, L. 17 pr. L. 29, § 7, L. 33, in fine, L. 53 D. ad leg. Aquil. (9, 2). L. 17, § 3, de usufr. (7, 1), conf. avec Gaius, III, 219, ou § 16, Inst. de leg. Aquil. (4, 3). (En lisant bien attentivement le § 16 du titre 3, liv. 4, des Inst. on reconnait que l'action *in factum*, qui y est indiquée comme distincte de l'action *utile* de la loi Aquilia, n'est pas elle-même *utile* : d'un autre côté, l'action *utile* de la loi Aquilia est aussi *in factum*. Mais il est facile de sortir d'embarras, en admettant, 1° que l'action *utile* est donnée par *extension* de la loi Aquilia; elle est souvent appelée *in factum* au Digeste, parce qu'elle l'est réellement quant à la forme; 2° que l'action *in factum* du § 16 n'est pas une action donnée par extension, que par conséquent elle n'est pas *utile*; le préteur l'a créée abstraction faite de la loi Aquilia. Voyez M. Ducaurroy, n° 1151. E.)

[10] L. 11 D. de præscrip. verb. (19, 5) : quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur (il est question ici des actions nouvelles, et non des actions *utiles*). Sed et eas actiones, quæ legibus proditæ sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet prætor in eo quod legi deest, quod facit in lege Aquilia, *reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ*. Voyez note 14, une autre action utile de la loi Aquilia, imaginée par d'autres motifs et se présentant sous une autre forme.

d'une manière expresse, a cependant sa base dans la pratique du préteur. Or il n'est pas plus possible qu'une telle action soit *in jus* que toute autre action émanant uniquement du droit prétorien.

Cependant, et nous l'avons déjà dit, une action civile pouvait devenir *utile* autrement que par une transformation en une action *in factum ;* c'est ce que nous allons expliquer : en même temps se révélera l'existence d'une action prétorienne qui est *juris civilis* : nous voulons parler des actions feintes.

Par la formule *fictitia* [11] le préteur donnait la mission de juger comme si les conditions voulues pour l'application du droit civil existaient réellement [12]; alors l'action civile n'était point modifiée, il n'y avait que les faits auxquels elle était

[11] Sur ces fictions, voyez Mühlenbruch, Cession, p. 153. Nous ne pouvons pas indiquer de texte pour justifier l'expression *fictitia formula ;* mais nous ne doutons pas qu'elle ne soit classique. Nous rencontrons *fictitia actio* dans Ulpien, XXVIII, 12. Gaius, IV, 34 et suiv. parle de *fictiones* d'une autre espèce que celle qu'il a mentionnée auparavant. (Il faut bien se garder de confondre les actions qui ont été établies *ad fictionem legis actionem*, avec les actions feintes dont il est ici question : les premières sont des actions civiles appliquées autrefois au moyen des actions de la loi, et que l'on a fait passer dans le système formulaire, sans modifier ni les principes, ni les faits. Les secondes sont aussi des actions civiles, mais non empruntées aux actions de la loi, et qu'on n'applique qu'en transformant complétement les faits que l'on feint de telle façon qu'ils puissent être régis par le droit civil. Les premières ne sont pas *utiles*, les secondes le sont. E.)

[12] L'action feinte ne se distingue de l'action directe que par la manière dont est conçue sa formule ; elle n'en diffère pas quant aux effets, L. 47, § 1, D. de neg. gest. Voyez supra, § 49, note 8. — Conf. Ulp. l. c. Gaius, IV, 34 et III, 32, § 2, J. et Théoph. de bon. poss. — Gaius ne nous permet pas de douter que les actions feintes s'appelaient aussi *utiles*. Voyez IV, 38, « *actio utilis — in qua fingitur.* » Dans Gaius, III, 84, il faut lire *utilis* au lieu de *civilis.* Théoph. III, 12 pr. fin. appelle *utile* l'action que Gaius, IV, 35, 36, présente comme feinte : il en est de même de l'action Publicienne que Gaius, IV, 36, classe parmi les actions feintes, et qui est si souvent appelée *utilis in rem actio.* Quand Théophile, II, 23, § 4 et 9, appelle les actions utiles *πλαγιαστικας*, il fait allusion à la fiction quelconque sur laquelle repose toute action utile ; mais il n'entend pas parler seulement de l'action feinte proprement dite.

appliquée qui étaient transformés par une fiction ; l'action feinte n'était donc pas *in factum*; elle était *in jus concepta* [13].

Il paraît que l'on recourait au précédent moyen, à l'action utile *in factum*, lorsqu'il n'était nécessaire que de donner de l'extension au droit civil pour le cas proposé; mais que l'on employait l'action feinte pour les cas où tous les faits devant être transformés, une simple extension n'aurait pas suffi; par exemple, quand il s'agissait de donner une action civile au pérégrin ou contre le pérégrin. Ainsi la loi Aquilia qui, comme nous l'avons vu, se donnait d'une manière *utile* lorsqu'il s'agissait de dévier des prévisions de cette loi sous le rapport du *corpore damnum datum*, ou lorsque c'était l'usufruitier, et non le propriétaire, ne pouvait être invoquée par un pérégrin ou contre un pérégrin qu'au moyen d'une action feinte [14]. Il fallait encore une action feinte dans le cas où un non propriétaire avait besoin, pour revendiquer, d'être considéré comme *dominus ex jure quiritium*, où un *bonorum possessor* avait besoin de la qualité d'héritier véritable [15]. On accordait aussi une action feinte, rescisoire (*actio rescissoria*), pour faire considérer comme existant un droit éteint d'après les principes du droit civil [16], ou ressusciter un droit de propriété perdu par le résultat de l'usucapion accomplie par un tiers [17].

Dans les formules *fictitiæ*, les faits sur lesquels s'exerçait la fiction, qui par conséquent devaient être compris dans la *demonstratio*, se trouvaient mêlés avec *l'intentio* d'une façon toute particulière. Ainsi, après «*judex esto*», on lisait: «*si paret ope consiliove Dionis furtum factum esse pateræ aureæ*» (ce qui forme la *demonstratio*); puis venaient ces mots (qui constituent l'*intentio*): « *quamobrem, si civis romanus esset, pro fure*

[13] Gaius IV, 34, IV, 38, « directo intendere, » § 4, J. de act.

[14] Gaius, IV, 37.

[15] Gaius, IV, 34 sq. Ul. l. c.

[16] Gaius, IV, 38.

[17] L. 1, § 1. L. 26, § 7. L. 28, § 4, 6, D. quib. ex caus. maj. (4, 6). L. 34 pr. f. D. de O. et A. (44, 7). L. 5 C. quib. ex caus. major. (2, 54). L. 24 C. de rei vindic. (3, 32).

damnum decidere oporteret; » ou bien : « *si quem hominem* A. A. *emit.... anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret*, etc. De telle sorte que le fondement de la fiction était toujours conçu *in factum*.

Au reste, toute action accordée en dehors de sa sphère originaire, et appelée pour cela action *utile*, n'était pas utile dans la forme ; ainsi une action exercée en vertu d'un mandat supposé, *quasi esset mandata*, était conçue de la même manière que s'il y avait eu réellement *mandatum actionis* [18]. Quant aux actions *in factum* proprement dites, aux actions purement prétoriennes [19], on les rendait utiles en modifiant *l'intentio* suivant la nature particulière du cas à juger [20]. Du reste, les expressions *quasi*, *ad exemplum* [21], n'indiquent pas qu'il y avait des formalités rigoureusement employées pour cela. En outre les actions utiles pouvaient elles-mêmes donner lieu à des actions utiles secondaires, au moyen d'une nouvelle extension, et alors, par opposition à ces dernières, elles prenaient le nom d'actions directes [22]. — Quand, dans les textes, on rencontre une action prétorienne, par conséquent *in factum*, puis ensuite une autre action prétorienne qui lui est opposée, cela tient à une particularité toute exceptionnelle : ainsi, lorsqu'il est dit que l'action *in factum* sera donnée au lieu de l'action de dol, cela ne signifie point que celle-ci n'est pas *in factum;* seulement dans ce dernier cas le juge doit décider d'après les principes relatifs au dol, dans l'autre il ne doit apprécier que le fait en lui-même (*in factum verbis temperandum*) [23].

[18] Voy. § 159, infra. Mühlenbruch, Cess. p. 175.

[19] « Utilis in factum actio, » L. 7, § 1, D. de relig. (11, 7), est une action utile par extension d'une action prétorienne ; ainsi on emploie, pour cette action utile, la même expression que si elle était le résultat de l'extension d'une action civile. C'est peut-être dans ce sens qu'il faut entendre la fin du § 3 de la loi 26 *de pact. dot.* (23, 4). Conf. Mühl. p. 150, note.

[20] Voyez la formule d'un interdit utile dans les fr. Vat. § 90.

[21] Conf. Brissonius voc. *utilis*, n° 3.

[22] Mühl. p. 145, note 245.

[23] L. 11, § 1, D. de dolo. conf. infra, § 70, note 8.

Enfin toutes les actions nouvelles, postérieures à l'époque de la république où le système de droit civil était parvenu à un haut degré de perfection, s'appellent *in factum* par opposition aux anciennes qui prennent alors le nom *d'actiones vulgares* [24]. Cette dénomination d'actions *in factum* est la plus large; elle comprend des actions prétoriennes, conçues *in factum*, et des actions civiles avec une *intentio juris civilis*. Ces dernières sont les actions *præscriptis verbis*, appelées aussi *civiles in factum* [25], parce que leur formule se modifiait d'après la nature du cas spécial donnant lieu à l'action.

(Résumons tout ce qui vient d'être dit [26] :

Il y a quatre sortes d'actions *in factum* : 1° l'action purement prétorienne ; 2° l'action que le préteur accorde par extension du droit civil, qui prend aussi le nom d'action *utile* ; 3° l'action *in factum* opposée, par exemple, à l'action de dol ; 4° toutes les actions nouvelles par opposition aux *vulgaires*. Dans ces dernières il y en a qui sont prétoriennes ; mais plusieurs aussi sont *juris civilis*, ce sont les actions *præscriptis verbis*, appelées ainsi parce que, en tête de *l'intentio*, se plaçait l'indication des faits donnant lieu à l'action civile ; elles étaient aussi appelées *in factum civiles*, parce que, quoique *l'intentio* fût *juris civilis*, la *præscriptio* était *in factum*.

Il y a également quatre espèces d'actions *utiles* : 1° les actions

[24] L. 2, 3, 11 init. D. de præscr. verb. (19, 5). *Vulgaris* opposé à *utilis*, L. 46 D. de hered. inst. — L'ancienne opinion sur les actions *in factum* était fondée sur cette idée. Meister cherche à démontrer que toutes les actions nouvelles, qui dans leur formule indiquaient le fait donnant lieu au litige, étaient *in factum*, spécialement toutes celles relatives aux contrats innommés, dans lesquelles la convention était expliquée en tête de la formule; que c'est à cause de cela que ces dernières sont distinguées de toute autre action *in factum* par le nom de *præscriptis verbis* (§ 29-33). Il soutient que toutes les actions utiles sont *in factum*, et ici il place l'action publicienne.

[25] Puisqu'elles s'appellent *in factum*, et qu'elles ont cependant une *intentio juris civilis*, il faut nécessairement admettre qu'il y a deux sortes d'actions *in factum*.

[26] (Il nous a semblé qu'un résumé ne serait pas inutile dans une matière qui peut si facilement prêter à la confusion. E.)

feintes; ici le droit civil est appliqué purement et simplement à des litiges dont les faits sont entièrement transformés, pour que le droit civil puisse s'y appliquer. Voyez les exemples donnés déjà dans ce paragraphe. Elles sont appelées prétoriennes, mais seulement sous le rapport de la transformation des faits; car c'est le droit civil qui doit servir de règle au juge. — 2° Les actions utiles proprement dites, données par le préteur par extension du droit civil. Celles-ci n'ont pas *l'intentio juris civilis;* elles sont *in factum* comme les actions purement prétoriennes. — 3° Les actions *utiles* données par le préteur par extension d'une action *in factum* purement prétorienne. — 4° Les actions *utiles*, aussi *in factum*, données par le préteur par extension d'une autre action déjà utile. E.)

§ LV. — *Præscriptio*, *et action præscriptis verbis.*

Outre les parties principales de la formule, il y avait, comme nous l'avons déjà dit, des parties accessoires, appelées *adjectiones:* ce sont les *præscriptiones*, tant de la part du demandeur que du défendeur, les exceptions, les répliques et les dupliques. Les *præscriptiones* sont de petites clauses placées en tête de l'*intentio* [1], portant ordinairement ces mots : *ea res agatur* [2], dont nous ne nous occuperons ici que comme émanant du demandeur : car, pour les *præscriptiones a parte rei*, les exceptions, les répliques et les dupliques, nous en parlerons lorsque nous arriverons aux moyens opposés par le défendeur; ce qui fait l'objet du chapitre II.

Les *præscriptiones* de la part du demandeur nous apparaissent [3] comme le seul et le plus ancien moyen d'empêcher les conséquences fâcheuses que pourrait entraîner la mise en action d'une *conditio incerti*. Pour comprendre le danger que la *præscriptio* a pour but de faire éviter et que présente la formule *incerta*, il est bon de savoir que lorsque le droit résultant d'une obligation est déduit *in judicium* sans aucune restriction,

[1] Gaius, IV, 132.
[2] Dic. de finb. II, 1. Gaius, IV, 131 sq. Heffter, p. 109 sq.
[3] Keller, p. 510.

comme il est unique [4], il se trouve éteint dans son intégralité. Or, si, ayant une créance dont l'objet consiste en prestations successives, vous demandez ce qui vous est dû sans limiter votre demande aux prestations échues, vous épuisez votre créance même pour les prestations non encore exigibles, elle est éteinte ou *ipso jure* ou *exceptionis ope* [5]; pour éviter cet inconvénient, vous devez vous servir d'une *præscriptio* dont le but est d'exprimer votre restriction, de vous faire conserver votre créance pour les prestations que vous ne pourriez pas actuellement réclamer [6]. Cette *præscriptio* consiste dans ces mots, qui souvent servent à lier l'*intentio* à la *demonstratio* [7]: « *cujus rei dies fuit*; » quelquefois on place en outre, au commencement de là formule, ces autres mots : « *ea res agatur* [8]. » Ainsi on intente l'action *emti* en la faisant précéder de la *præscriptio* « *ea res agatur de fundo mancipando*, » lorsqu'on veut n'obtenir que la mancipation de la chose vendue, et se réserver l'action *emti* pour tout autre objet, par exemple, la

[4] L. 15, 16 D. de neg. gest. (3, 5). L. 35, § 7, de mort. caus. don. (39, 6).

[5] L. 16, § 1, D. de V. O. (45, 1).

[6] Cicéron (de or. I, 36, 37) raconte que l'avocat d'un défendeur avait demandé qu'on ajoutât à la formule, « *cujus pecuniæ dies fuisset*, » croyant que c'était une exception, et ne s'apercevant pas que cette addition n'était faite que *petitoris causa*; que le demandeur, qui avait imprudemment demandé une action sans *prescriptio*, se serait vu ensuite, pour les prestations ultérieures, repoussé par l'exception *rei in judicium deductæ*, si le défendeur n'avait lui-même rendu impossible cette exception en faisant insérer dans la formule la clause « *cujus pecuniæ dies fuisset.* » — Malgré cela, on a encore soutenu récemment que le défendeur devait faire insérer cette clause, s'il voulait empêcher la condamnation de comprendre les prestations futures, par cette considération que la plus-pétition ne produit pas d'effet relativement à la *formula incerta*. Mais cette opinion a été victorieusement combattue par Keller, p. 514-525.

[7] Gaius, IV, 136, s'exprime ainsi : « Ut præscriptio incerta sit formulæ » loco demonstrationis. »

[8] Voyez Gaius, IV, 136, 137, où les mots *ea res agatur* manquent quand c'est celui qui a promis l'*incertum* qui est attaqué, mais non lorsque c'est le fidesseur ou le *sponsor* de cette même promesse.

tradition et l'éviction [9]. La *præscriptio* peut être nécessaire dans d'autres cas encore ; si, par exemple, une promesse a été faite par une personne *alieni juris*, un esclave, ou un fils de famille, l'action née de cette promesse ne peut être exercée contre le maître ou le père qu'au moyen d'une *præscriptio* indiquant, dans la formule, ce qui s'est passé avec l'esclave ou le fils de famille [10].

La *præscriptio* ne devant être envisagée ici qu'en elle-même, c'est-à-dire, pour sa forme et sa signification, nous n'avons pas à nous occuper de ses effets et de sa destinée ; ils trouveront place plus loin, lorsque nous nous occuperons des actes de procédure.

Ce qui prouve que la *præscriptio* était plus générale dans son application que ne semblent l'annoncer les exemples que

[9] Voyez Gaius, IV, 131. Heffter, p. 110, conf. avec p. LI, sentent qu'il ne peut y avoir de *præscriptiones* dans les actions de bonne foi. Mais 1° Gaius dit expressément : « *Si ex emto agamus* ; » ainsi la vente fût-elle accompagnée d'une stipulation, ce n'est pas en vertu de la stipulation que Gaius suppose que l'action est donnée. 2° La *præscriptio* serait tout à fait inutile, dans l'exemple de Gaius, pour la conservation de l'action *emti*, si l'on agit d'abord par une action *præscriptis verbis* en vertu d'une stipulation ajoutée à la vente ; car alors l'action *emti* n'aurait pas été déduite *in judicium*. En vertu de l'action *emti*, on pourrait donc toujours demander la tradition, recourir en garantie. Conf. L. 3, § 1, f. D. de A. C. V. (19, 1).

[10] Gaius, IV, 134, 135. Dans ce passage de Gaius, il ne s'agit pas, comme Heffter le prétend, d'après sa leçon sur ces deux paragraphes, du cas où l'esclave s'étant obligé, l'action donnée à ce sujet contient une *demonstratio* indiquant l'esclave comme débiteur; l'*intentio*, au contraire, est convertie contre le maître. Cela est vrai au fond, mais n'est pas le but de ces passages de Gaius. Si ce jurisconsulte a voulu dire que, dans cette hypothèse, la *præscriptio* qui doit être liée à la *demonstratio* doit aussi, comme cette dernière, être relative à l'esclave, c'était encore inutile. Il est plus probable que Gaius ici entend émettre cette idée que la *præscriptio* d'une personne peut être fondée sur le pacte d'un tiers. Par exemple, Aulus Agerius stipule mille de Numerus Negidius ; plus tard, il fait par son esclave, ou avec l'esclave de Numerus Negidius, un pacte d'après lequel il accorde différents termes. Quand Aulus Agerius vient intenter son action, il fait précéder l'*intentio* (il n'y a probablement

nous venons de citer, c'est qu'elle a servi de fondement à l'action *præscriptis verbis* [11]. La naissance de ces actions n'est pas antérieure à l'époque des jurisconsultes des Pandectes [12]: elles se sont produites au moyen d'une petite clause (*præscriptio)* reliée à la *demonstratio* et indiquant les faits particuliers donnant lieu à l'action : elles ont été appelées *in factum* à cause de cela, mais en outre *civiles* [13] *incerti actiones*, parce que leur *intentio* était *in jus* [14], et qu'elles tendaient à un *incertum* [15].

pas de *demonstratio*) d'une *præscriptio* se référant à ce pacte. De cette manière, le § 134 de Gaius devient clair; car il ne parle que d'une opposition entre l'*intentio* et la *præscriptio*, et il ne mentionne pas de *demonstratio*.

[11] L. 6 f. C. de transact. — Utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. — Hugo, p. 563. Keller, p. 254.

[12] Labéon et ses disciples étaient les principaux fauteurs de cette action nouvelle, L. 1, § 1. L. 19 pr. L. 20 pr. D. de pr. verb. (Gans Obligationenrecht, p. 180-187), tandis que les autres jurisconsultes prétendaient pourvoir à tout au moyen des actions de bonne foi. En effet, Gaius ne mentionne pas les actions *præscriptis verbis*, même pour les cas auxquels les Institutes de Justinien les admettent sans difficulté aucune. Conf. Gaius III, 143 sq. avec § 1, 2, J. de locat. (Cette circonstance que, dans les Institutes de Justinien, IV, 6, § 28, ne figurent parmi les actions de bonne foi que deux actions *præscriptis verbis*, est fort bien expliquée par M. Ducaurroy, t. 2, p. 373, note 1, 6e édition. Il pense que Justinien ici a emprunté les paroles d'un ancien jurisconsulte qui ne donnait pas à l'action *præscriptis verbis* toute l'étendue d'application qu'elle a obtenue depuis. E.)

[13] Rubr. L. 1, § 1, 2. L. 10, 12, 13, pr. L. 14, pr. § 1, D. de præscript. verb. et in factum actionibus. L. 6, D. de resc. vend. (18, 5).

[14] L. 7, § 2, D. de pact. (2, 14). L. 23, f. D. comm. div. (10, 3). L. 6, 8, f. L. 9, 15, 16, 19, D. de p. verb. L. 6, C. de perm. (4, 64). L. 9, 22, C. de don. (8, 54).

[15] L. 6, D. de pr. verb. — *Civili intentione* incerti agendum. Keller, p. 252, not. Stahl, p. 53. Voyez aussi Unterholzner dans la crit. Zeits. IV, 2, p. 217 et suiv. Ce qui prouve aussi que cette action était *incerta*, c'est que l'action *præscriptis verbis* a été placée, au moins pour certains cas, parmi les actions de bonne foi, ce qui ne peut se concevoir qu'en supposant que son *intentio* tendait à un *dare facere*, à laquelle on a ajouté *ex fide bona*. Voy. § 63.

Elles sont indiquées par les jurisconsultes comme s'appliquant à des cas analogues à ceux des actions de bonne foi, ou que l'on doutait devoir ranger parmi les cas d'action de bonne foi [16]. Ces actions peuvent donc s'appeler *utiles* aussi [17] dans leur relation avec les actions de bonne foi [18]; et même quelques-unes d'entre elles ont pris positivement place parmi ces actions. Au reste, le juge y décidait généralement conformément aux principes des actions de bonne foi [19].

§ LVI. — *Condemnatio certæ et incertæ pecuniæ.*

La *condemnatio*, qui devait toujours tendre à une somme d'argent, pouvait être *certæ* ou *incertæ pecuniæ;* mais la sentence elle-même devait toujours être, en définitive, d'une *certa pecunia*. Ainsi le juge, quand l'instruction à lui transmise ne lui déterminait pas le chiffre de la sentence, après avoir vérifié l'*intentio*, devait estimer le litige, et prononcer sa sentence d'après cette estimation, de manière que l'action *judicati* fût toujours d'une somme liquide [1].

La *condemnatio certæ pecuniæ* s'exprime ainsi : « Sest. decem millia condemna. » Elle suppose une *intentio certæ pecuniæ* [2], comme dans la *condictio si certum petatur* (voyez infra, § 61); ou elle peut supposer une action *in factum*,

[16] L. 5, § 1 avec § 2. L. 6, D. de pr. verb. L. 6, D. de resc. vend. — L. 1, § 9, D. dep. (16, 3). L. 1, § 1. L. 5, § 2. L. 19, § 1, D. de pr. verb. — L. 5, § 4, D. de pr. verb. — L. 17, § 2. L. 18, D. de pr. verb. — L. 13, pr. § 1. L. 1, § 2. L. 17, § 3. L. 24, D. de pr. verb. L. 23, f. D. comm. div.

[17] On ne pourrait pas cependant démontrer qu'elles s'appelaient *utiles*; car l'expression *utilis actio*, qui se rencontre dans la L. 6, f. C. de trans. (2, 4), ne se présente pas avec une signification technique. Conf. Mühlenbruch, Cession, p. 149 et suiv.

[18] L. 2, § 2, de prec. (43, 26). « Præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur. »

[19] Voyez notes 15 et 16.

[1] Gaius, IV, 48, 49, 52, 57, Conf. supra, § 52, in fine, et infra, § 138.

[2] Gaius, IV, 50.

lorsque le but de celle-ci est d'obtenir une peine pécuniaire déterminée d'avance [3].

Il y a deux sortes de *condemnationes incertæ pecuniæ: infinita* et *cum taxatione*. Lorsqu'elle est *infinita*, elle s'exprime ainsi qu'il suit : « quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerum Negidium Aulo Agerio ;*» ou bien : « quidquid ob eam rem Numerum Negidium Aulo Agerio dare facere oportet [4] ex fide bona ejus, id judex Numerum Negidium Aulo Agerio condemna; » ou enfin : « quidquid paret, etc. » Elle est *cum taxatione* lorsque le préteur, tout en laissant au juge de la latitude pour l'appréciation, lui fixe cependant certaines limites [5] (judici arbitrove cum præscribitur quoad ei jus sit statuendi) [6]. Cette limitation chaque fois s'annonce par l'expression *duntaxat* [7]. Il y en a deux : premièrement, celle *quæ fit certæ summæ* [8]; le juge ne peut, sans *dolus* ou *culpa lata*, sous peine par conséquent de faire le procès sien, dépasser la somme qui lui a été fixée, mais il peut ne pas l'atteindre [9]; secondement, celle qui consiste moins à fixer le chiffre de la sentence qu'à déterminer le cercle de l'appréciation du juge, par exemple [10]. DUNTAXAT [11] *de eo quod in*

[3] Gaius, IV, 46. L. 12, 24, D. de in jus voc. (2, 4). L. 1, pr. L. 5, § 6, D. de his qui effud. (9, 3). L. 42, de æd. ed. (21, 1). L. 2, pr. de sep. viol. (47, 12).

[4] Gaius, IV, 51, conf. § 53, in fine, supra.

[5] Gaius, IV, 51. — Ed. Huschke, ad orat. pro Tull. exc. III, « de taxationibus, » p. 253-276.

[6] Fest. v. Taxat avec Huschke, p. 262.

[7] Huschke, p. 263 et suiv.

[8] Voyez Festus, l. c. Dans Cicéron, pro Tullio, c. 7, dans Gaius, III, 224, Paul. II, 6, il y a allusion à une telle *taxatio*. Gaius, IV, 51, ne parle que de celle-là. Voyez aussi IV, 43.

[9] Gaius, IV, 52.

[10] Cela s'appelle aussi *taxatio*; voyez L. 24, § 2, de A. E. (19, 1).

[11] L. 57, D. de jud. (5, 1). L. 6, § 12, quæ in fraud. cred. (42, 8). — L. 6, § 6, de neg. gest. (3, 5). L. 35, de nox. act. (9, 4). L. 1, pr. L. 12, pr. de trib. act. (14, 4). L. 2, 5, pr. § 1. L. 30, § 1. L. 36, 44, D. de pec. (15, 1). L. 1, pr. quando de pec. a. ann. (15, 2). L. 1, § 42, dep. (16, 3).

rem versum est et de peculio, DUNTAXAT [12] *quod ad aliquem pervenit*, DUNTAXAT *in id quod quis facere potest*, par opposition à la condamnation *in solidum*. Ici le chiffre de la condamnation dépend toujours de l'appréciation du juge ; mais il est beaucoup moins circonscrit que par la *taxatio certæ pecuniæ*, et il est moins exposé à faire le procès sien.

L'échelle des pouvoirs que peut avoir le juge pour l'appréciation de la condamnation est donc ainsi qu'il suit : *condemnatio infinita*, *taxatio infinita* ou *incerta*, *taxatio certæ pecuniæ*, et enfin *condemnatio certæ pecuniæ*.

§ LVII. — *De la certa taxatio en particulier.*

Quand y avait-il lieu à une *taxatio certæ pecuniæ* [1]? C'est à cette question qu'il nous faut maintenant répondre. D'abord c'est du demandeur que doit venir la *taxatio*, jamais du défendeur [2] : celui-ci, en effet, du moment qu'il ne doit pas être absous, ne peut pas être appelé à fixer lui-même les limites de l'appréciation du préjudice par lui causé ; c'est donc au demandeur à déterminer le montant de l'indemnité qu'il réclame, sauf au juge cependant à réduire ses prétentions [3]. Si le litige a pour objet une *certa pecunia*, il faut nécessairement, s'il y a condamnation, que cette *certa pecunia* soit accordée par la sentence ; si c'est une autre *certa res*, c'est cette chose qui doit être appréciée (*quanti ea res est*, *tantam pecuniam condemna*) : jusqu'ici il ne peut encore se rencontrer de *taxatio certæ pecuniæ ;* elle ne peut avoir lieu que dans l'*incerti petitio* (*condictio* ou action de bonne foi) [4] ou dans les actions *in factum* dont l'objet n'est pas un *certum* [5].

[12] L. 17, § 1, de dolo (4, 3). L. 7, § 5, de trib. act. — L. 20, § 6, D. de hered. petit. (5, 3).

[1] Huschke, p. 267 et suiv.

[2] Cicér. pro Tull. l. c. Gaius, III, 224. Paul. l. c. L. 39, § 1, de op. libert. (38, 1) avec Huschke, p. 271.

[3] Huschke, p. 269.

[4] Gaius, IV, 51.

[5] L. 5, § 1, D. ne quis in eum (2, 7).

Dans la formule *incerta* elle-même, il n'y pas toujours lieu à *taxatio certæ pecuniæ* : en effet, lorsque le défendeur refuse de restituer la chose réclamée, par exemple, dans l'action *depositi*, ou de donner caution [6], ou d'obéir au *iussus* qui, dans les actions arbitraires, précède la sentence, et lorsque, dans ce cas, il faut en venir à une estimation, elle est entièrement abandonnée à l'*arbitrium* du juge. Aussi la formule de l'action arbitraire, conçue *quanti ea res est*, n'est-elle limitée par aucune *taxatio* [7] ; il en est de même pour le cas où une *certa res*, comprise dans l'*intentio*, étant venue à périr depuis la *litis contestatio*, le défendeur doit cependant encore être condamné. Il peut se faire aussi que le juge, pour arriver à l'estimation, donne au demandeur, ou doive lui donner le pouvoir de fixer par serment *in litem* le montant de l'indemnité à laquelle il prétend, et lui donne ce pouvoir même *in infinitum* [8]. — Toutefois il ne faut pas conclure de là que le juge, avant ou après ce serment, ne puisse fixer le chiffre au delà duquel l'appréciation par serment ne pourra produire d'effet [9].

Mais si, dès le principe du procès, c'est d'un *incertum* qu'il s'agit ou de la restitution d'une chose ne donnant pas lieu à un *arbitrium* (à un *jussus*), le juge ne devant avoir aucun point d'appui pour déterminer la valeur du litige et pour apprécier si la somme jurée par le demandeur doit être modérée,

[6] Gaius, IV, 47. L. Gall. Cis. c. 20. L. 7, D. si serv. vind. (8, 5).

[7] Conf. Gaius, IV, 51, f. où cela est dit de l'action *in rem* intentée par la formule pétitoire, et de l'action *ad exhibendum*. — L. 18, pr. D. de dolo (4, 3) : « Nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic (a. de dolo) et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur (c.-à-d. aucune *taxatio*), ut, etc. »

[8] « Sine ulla taxatione in infinitum, » dit la L. 68, D. de R. V. (6, 1); cela ne signifie pas que le juge ne puisse point fixer une limite au serment du demandeur; il n'est question ici que de la *præfinitio* du magistrat. Ulpien ne se contredit donc pas lorsque, dans la L. 4, § 2, de in lit. jur. (12, 3), il permet au juge de fixer une limite à l'appréciation par serment. Huschke, p. 273.

[9] L. 18, pr. de dolo. L. 4, § 2. L. 5, § 1, de in lit. jur. L. 3, § 2, ad exhib. (10, 4).

le magistrat ordinairement insère dans la formule une *taxatio* qui ne peut être dépassée [10]; c'est ce qu'il fait dans la plupart des actions qui ne sont pas arbitraires, et dans les actions pénales pour lesquelles une peine pécuniaire n'est pas déterminée d'avance [11]. Le demandeur fera bien, dans ce cas, de faire insérer dans la formule une *taxatio* qui ne soit pas inférieure à la somme que le préteur a fixée lui-même pour le *vadimonium*; car il est probable que le juge, entraîné par l'autorité du magistrat qui pour le *vadimonium* a déterminé une somme, ne condamnera pas le défendeur à une somme inférieure [12]. Quant à la formule arbitraire, que nous venons de mentionner, elle se modifiait d'une manière particulière, ainsi que nous le verrons plus loin, § 67. Dans les actions noxales, la *condemnatio* présente une autre singularité : ici le juge est autorisé non-seulement à statuer sur la *litis æstimatio*, mais encore à offrir au défendeur une alternative, *aut noxæ dedere* [13].

[10] Arg. L. 4, C. de act. emti (4, 49). L. 39, D. de op. libert. (38, 1). L. 3, C. de inut. stip. (8, 39).

[11] Ainsi, dans l'action *vi bonorum raptorum*, il faut d'abord estimer ce qui ensuite doit être quadruplé; mais il y a une *taxation*, Cic. pro Tull. l. c. Il en est de même pour l'action d'injure, Gaius, III, 224, § 7, J. de injur. Paul. V, 4, et évidemment aussi pour l'action *furti*. — Huschke, p. 269 et suiv.

[12] Gaius et Paul. ll. cc.

[13] § 1, J. de off. judic. (4, 17). — Si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare : *Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno aut noxam dedere*. L. 6, § 1, D. de re jud. (42, 1) init. *Decem aut noxæ dedere condemnatus*. L. 42, pr. de furt. (47, 2); vulgaris formula in dominum danda est, ut, quod alter admisit, duntaxat de peculio, quod ipse exercitor, adjiciatur : *aut noxæ dedere* (Flor. *ut noxæ dederet*). Paul. I, 15, 1. Des édits prétoriens distinguent entre les *judicia* qui doivent avoir lieu avec ou sans *noxæ datio*. Ainsi L. 1, pr. de his qui off. (9, 3) — in judicio adjiciam : *aut noxam dedere*. L. 5, § 6, eod. L. 21, § 2, de N. A. (9, 4). L. 1, pr. de publ. (39, 4). On distingue expressément le *judicium detracta noxæ deditone*, du *judicium cum noxæ deditione*, dans les L. 4, § 2, 3. L. 5, pr. § ult. L. 22, § 4, L. 26, § 5, L. 39, pr. de N. A. L. 1, § 4, si quadrup. (9, 1). Zimmern Noxalklagen, p. 155-162.

Cette addition [14] faite par le juge dans la sentence n'empêche pas que la sentence ne contienne au fond seulement une condamnation à une somme d'argent; le juge, en effet, ne condamne pas à *noxæ dedere*, mais il indique qu'en donnant en noxe, le défendeur pourra se dispenser de payer le montant de la condamnation. L'action *judicati*, qui est la conséquence d'une telle sentence, n'est pas elle-même alternative, et si le défendeur laisse accorder par le préteur l'action *judicati*, et laisse la *litis contestatio* se réaliser relativement à cette action, il ne pourra plus dès lors se libérer par l'abandon noxal [15].

§ LVIII. — *Des sponsiones* [1].

Il nous reste à parler des *sponsiones* qui avaient lieu *in jure:* on entend par là des stipulations avec les paroles *spondesne? spondeo;* elles étaient faites en présence du préteur. Elles ne formaient pas une classe particulière de formules, mais constituaient l'*intentio* d'une formule conçue du reste comme les autres; il n'en résultait pas une espèce nouvelle d'actions en dehors de la division des actions en personnelles et réelles [2].

Il y en avait déjà sous le système des actions de la loi,

[14] Ce n'est regardé partout que comme un *adjicere;* en outre « judicium solius noxæ deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati in decem agitur. » L. 6, § 1, D. de re jud.

[15] L. 6, § 1, D. cit. « Decem aut noxæ dedere condemnatus, *judicati in decem tenetur*.... At is qui *stipulatus est* decem, aut noxæ dedere, non potest decem petere; » celui au contraire qui a obtenu une condamnation avec l'alternative de la *noxæ deditio*, n'encourt pas la peine de la plus-pétition en ne demandant que la somme indiquée dans la sentence; seulement le défendeur a encore la faculté de se libérer par l'abandon noxal. Mais, porte la L. 20, § 5, D. de her. pet. (5, 3) « tamdiu quis habet noxæ dedendi facultatem, quandiu quis judicati conveniatur: post susceptum judicium non potest noxæ dedendo se liberare. »

[1] Schreiter, cité supra, § 38, note 1. — Fr. G. Chr. Rost. Pr. de usu vocularum *si* et *ni* in sponsionibus; ad Plauti Rud. V, 3, 19-27. Lips. 1820, 4. — Heffter, Obs. XVII.

[2] Gaius, IV, 1.

dans l'action *sacramenti*, lorsque à la somme d'argent que les parties devaient déposer entre les mains des pontifes on substitua les *prædes* consistant en stipulations réciproques par la formule *spondesne? spondeo;* d'où est venu le nom de *sponsio*. A l'imitation de ce qui se pratiquait dans l'action *sacramenti*, on admit aussi, sous le système formulaire, de semblables stipulations réciproques (*sponsio et re stipulatio*): les unes étaient préjudicielles comme dans l'action *sacramenti*, c'est-à-dire que le juge, en décidant qui devait payer la somme promise, décidait par cela même le fond du litige, dans les interdits par exemple [3]; les autres étaient purement pénales, c'est-à-dire, obligeaient celui qui succombait sur le fond du procès lui-même, à payer une somme en outre à titre de peine: ainsi dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*, les parties s'obligeaient à payer à celui qui gagnerait son procès, le tiers de la somme réclamée; de telle sorte que, si le défendeur succombait, il devait payer d'abord la somme réclamée tout entière, puis encore le tiers de cette somme: Cicéron appelle la promesse de payer ce tiers *legitimæ partis sponsio*, sans doute parce qu'elle fut établie par une loi [4]. Gaius parle d'une *sponsio dimidiæ partis* [5] au sujet de la *pecunia constituta* [6]. Lorsque l'action *in rem* était intentée par la *sponsio*, celle-ci n'était pas pénale, elle n'était que préjudicielle; elle était employée, à la vérité, à la place des *prædes* de l'ancienne *vindicatio;* mais ici le défendeur seul promettait, et s'il succombait, on ne faisait que tirer une conséquence de la condamnation à la somme promise; il avait perdu son procès sur la propriété. Voyez, au reste, le § 64 infra.

Il n'est pas exact de dire qu'il n'y avait de *sponsiones* que

[3] Conf. supra, § 38, et infra, § 64, avec Gaius, IV, 141, 165, 166, 167. Ribbentrop, Diss. cit. p. 11, not.

[4] Gaius, IV, 13, 171, 180, 181, 174. Cic. pro Rosc. C. c. 4. L. Gall. Cis. c. 21. Ce fut probablement la loi Silia, voy. § 43.

[5] Gaius, IV, 171.

[6] Il en était ainsi dans certains interdits, voyez § 71, infra, et dans les actions *in rem*, voyez infra, § 64.

dans les cas prévus par des lois, comme pour la *credita pecunia*, ou par les édits, comme pour la *pecunia constituta* et les interdits; il ne serait pas non plus raisonnable de soutenir que, dans tous les cas où la *sponsio* était applicable, on pouvait à son gré choisir entre la procédure *per sponsionem* et une autre manière d'actionner; car le magistrat pouvait, dans certaines circonstances, imposer la *sponsio* [7], et les parties elles-mêmes pouvaient s'entendre pour l'adopter [8]. Si le demandeur provoquait à la *sponsio* pour faire dépendre la décision du procès de telle ou telle circonstance, et si le défendeur ne voulait pas s'y soumettre, c'était au magistrat à voir dans sa sagesse, suivant les circonstances, s'il devait contraindre le défendeur à se rendre à cette provocation [9]. La provocation à la *sponsio* émanait toujours du demandeur (*sponsione provocare*, *lacessere*, *aggredi*): si le défendeur gagnait son procès, on disait de lui, *sponsionem vincere* [10]; si c'était le demandeur, *sponsione vincere*: la *sponsio* comprenait *si* ou *ni*, suivant que le gain du procès pour le demandeur devait dépendre ou de l'existence ou de la non-existence de la circonstance indiquée [11]. Les jurisconsultes romains désignent les *sponsiones* soit sous le rapport de la forme qu'elles revêtaient, soit sous le rapport du fond, suivant que leur but est de rap-

[7] C. Cic. Verr. III, 62. Quant à la question de savoir si le magistrat pouvait imposer une *sponsio*, voyez la L. Gall. Cis. c. 19 : « Sponsionem dari judicarive jubebit, » c. 22. Hugo, dans la Zeits. f. g. Rw. t. 3, p. 293; et Haubold, *ibid.* p. 386.

[8] Cic. Verr. III, 57-59. V. 54, in Pison. c. 23. Val. Max. II, 8, n° 2, VI, 1, n° 10.

[9] Ainsi on regardait comme inadmissible la *sponsio* : « Ni bonus vir esset. » Cic. de off. III, 19. Val. Max. VII, 2, 4. Voyez aussi Gell. XIV, 2 fin.

[10] Voyez Cicéron pro Tullio, 30, ed. H. pro Cæc. 31, 32; pro Quint. 27, ad Her. IV, 23. Gaius, IV, 165. Voyez à ce sujet Huschke, p. 146. *Sponsione certare*, *sponsionis condemnari*, et d'autres expressions analogues se rencontrent aussi ici.

[11] Cic. pro Cæcin. c. 16, 23. Verr. III, 57, 59, pro Quint. c. 27, de off. III, 19. Val. Max. II, 8, n° 2 (Ascon.) in Verr. I, 45. Gaius, IV, 93. Gell. VII, 2. Voyez Clavis Ciceron. v. *sponsio*. Brisson. de form. V, 7.

peler les paroles employées, ou d'indiquer le danger qu'encourt la partie dont la prétention serait prouvée être fausse [12].

ARTICLE II. — De chaque action en particulier.

§ LIX. — *Introduction.*

Dans le système des actions de la loi, il y avait cinq manières différentes d'introduire un procès, dans chacune desquelles toutefois la procédure était la même pour toutes les actions auxquelles elle s'appliquait, à l'exception cependant de la *sacramenti actio* où l'action *in rem* différait de l'action *in personam*. Au contraire, dans le système formulaire l'uniformité de procédure est absolue; elle y est toujours et partout la même; une action n'y diffère d'une autre que par la conception de la formule, de sorte que action et formule sont ici synonymes. Mais, malgré cette uniformité générale, il y a des actions qui empruntent, pour se produire, une forme particulière qui leur est commune avec d'autres actions; comme dans les actions de la loi, il y a donc dans le système formulaire plusieurs sortes d'actions, mais dont la différence ne vient pas de la différence de la procédure; elle tient tantôt à des motifs historiques, tantôt à des raisons intrinsèques. Par des motifs historiques, les actions se divisent en actions *in factum* et en actions *in jus*. Les actions *in factum* qui sont prétoriennes ont chacune leur forme particulière, calquée sur l'édit ou imitée de l'édit, ou enfin donnée par le magistrat qui, sur la demande des parties, et *causa cognita*, en crée pour les cas qui lui sont soumis. Par des motifs intrinsèques, les actions se divisent en réelles et personnelles. La définition qui est donnée de ces actions dans les textes, de même que celle de l'*intentio* de la formule elle-même, ne se réfèrent qu'aux actions *in jus*, tant l'ancien système civil occupait exclusivement les jurisconsultes : aussi Gaius dit-il que l'action *in personam* est celle qui tend à *dare*, *facere*, *præstare* ; et l'action *in rem*, celle par laquelle *rem* (ou *jus*) *intendimus nostram*

[12] Voyez Huschke, de causa Siliana, p. 13 et suiv.

esse [1]. Justinien lui-même a copié ces définitions d'une manière servile dans ses Institutes, tout en énumérant cependant dans le même titre plusieurs actions *in rem* ou *in personam* qui sont *in factum* [2].

Ce qui démontre que la différence entre les actions réelles et les personnelles ne tient pas à la diversité des formules, que la formule n'était que l'expression du fond de la prétention, c'est que les *cognitiones*, là où il n'y avait pas de formule, étaient *in rem* et *in personam* [3]; c'est encore que l'on regarde tous les interdits comme étant *in personam* [4]; c'est enfin que, depuis la suppression des formules, la différence entre les unes et les autres a toujours été marquée. L'action est réelle, en effet, lorsqu'elle tend à faire décider par le juge qu'un droit absolu contesté au demandeur lui appartient; si, de cette décision, résulte pour le défendeur une obligation, ce n'est que par voie de conséquence. L'action est personnelle lorsqu'elle a pour objet immédiat l'exécution de l'obligation du défendeur. Dans les actions *in jus*, cette différence qui tient au fond du droit se révèle aussi dans la forme; car le nom du défendeur figure nécessairement dans l'*intentio* lorsqu'il s'agit d'une action personnelle, tandis qu'il ne figure que dans la *condemnatio* lorsque l'action est réelle; mais ce n'est qu'un accident, puisque dans les actions *in factum*, qui aussi se divisent en réelles et personnelles, il y en a qui sont personnelles et dans lesquelles cependant le nom du défendeur ne figure que dans la *condemnatio*, et même à cause de cela sont dites *conceptæ in rem*: telle est l'action *quod metus causa*: d'après l'édit elle est conçue *in rem* [5]. Il n'y a pas à examiner *a quo metus illatus*, par conséquent le nom du défendeur n'est pas compris dans son *intentio*, comme il y est compris dans l'action de dol [6]; cette *intentio*, qui ne contient que le fait, est donc

[1] Gaius, IV, 2, 3, 4.
[2] § 1, 2, J. de action. (4, 6).
[3] L. 28 D. de O. et A. (44, 7).
[4] L. 1, § 3, D. de interd. (43, 1). Voyez infra, § 72, note 10.
[5] L. 9, § 1, D. quod met. (4, 2).
[6] L. 15, § 3, de dolo (4. 3). Duroi, dans les Archiv. t. 6, p. 412,

conçue absolument comme l'*intentio* de toutes les actions réelles *in factum*, par exemple, de l'action hypothécaire. Telle est aussi l'action *ad exhibendum*, conçue *in factum* : ici encore l'*intentio* ne contient pas le nom du défendeur, mais seulement l'indication de l'intérêt qu'il y a à ce que la chose soit exhibée. La *condemnatio* elle-même n'est pas dirigée contre le défendeur précisément parce qu'il est obligé, mais plutôt parce qu'il est détenteur [7]. Au reste, cette espèce d'actions personnelles n'est pas regardée comme formant une classe à part, quoique les modernes les appellent *in rem scriptæ*; mais cette expression *in rem*, présentant une idée de généralité, devient sous ce rapport une dénomination technique [8].

Si les actions personnelles *in factum* ne se classent pas en catégories, il n'en est pas de même des actions personnelles *in jus*; il y en a deux sortes, qui sont caractérisées par leur *intentio*, et qui sont parfaitement opposées l'une à l'autre. Cette opposition a été signalée par Cicéron, et ensuite, après lui, sous les dénominations de *judicia* et *arbitria* [9] : ces deux sortes d'actions se sont appelées plus tard, dans les sources juridiques, *stricta* et *bonæ fidei judicia*. Nous allons d'abord nous en occuper; ensuite nous traiterons des actions *in rem*, et enfin des actions arbitraires, qui se distinguent de toutes les autres par la forme particulière de leur *condemnatio*. Cette formule arbitraire s'applique aussi bien à certaines actions *in jus* qu'à certaines actions *in factum* : or les actions *in rem* conçues *in jus* empruntaient soit la forme des *judicia stricta* lorsqu'on les faisait valoir par la *sponsio*, soit la forme des *arbitria* lorsqu'on employait la formule pétitoire; par consé-

pense que cette loi parle de la *demonstratio*, et non de l'*intentio*. Mais dans les actions *in factum* la *demonstratio* se confond avec l'*intentio*. Voyez § 52, supra.

[7] Celui qui était coupable du fait était obligé par suite de son fait; mais on pouvait agir contre le simple détenteur, L. 9, § 1, D. quod met. (Voyez M. Ducaurroy, n° 1243 in fine, et n° 1379. E.)

[8] Duroi, l. c. p. 410-412.

[9] Cic. pro Rosc. C. c. 4, de off. III, 17. Top. c. 17. — Seneca de benef. III, 7.

quent toutes les actions conçues *in jus*, si l'on en excepte les actions préjudicielles, se trouvent comprises dans la division en actions de droit strict, actions de bonne foi et actions arbitraires [10]. Quoique les jurisconsultes romains, préoccupés du système du droit civil, semblent souvent regarder cette division comme comprenant toutes les actions sans exception [11], il ne faut pas se laisser tromper par cette apparence; car dans cette division ne rentrent pas toutes les actions *in factum* prétoriennes, mais seulement les actions réelles, et quelques actions personnelles qui se placent dans la catégorie des actions arbitraires. Quant aux actions utiles conçues *in jus*, elles se rattachent à l'une des trois parties de la division.

§ LX. — *Judicia et arbitria* [1].

La division des actions personnelles en *judicia* et *arbitria*, qui est faite par Cicéron, est la même que celle des jurisconsultes romains, qui distinguent les actions dont l'*intentio* tend à un *dare* [2], de celles dont l'*intentio* tend à un *dare facere*; ils appellent les premières *stricti juris* ou *stricta judicia* [3],

[10] Conf. § 28-31, J. de act. L. 5 pr. D. de juram. in lit. (12, 3). L. 3, § 1, de usur. (22, 1). L. 5, 6, 7 pr. § 1, de eo quod certo loco (13, 4).

[11] Conf. supra, § 52, la définition de l'*intentio* et celles qui ont été données de l'action *in rem* et de l'action *in personam* dans le présent paragraphe.

[1] Ed. Gans Obligat. p. 9-98. Mühlenbruch, heid. Jahrb. de 1821, nos 3 et 4, p. 42-61. Heffter Instit. p. 384 et suiv. Bethmann-Hollweg Versuche, p. 87 et suiv. Heffter ad Gaium Obs. XIV. Unterholzner dans la Tübing. crit. Zeits. t. 4, cah. 2, p. 220 et suiv. p. 228 et suiv.

[2] Cicéron (voy. le paragraphe précédent, note 9), qui se réfère aux expressions de l'*intentio* de la formule pour reconnaître le caractère de l'action, attribue aux *judicia* une *intentio* tendant au *dare*. Quant à la question de savoir si d'une stipulation ou d'un testament naît une action de droit strict, l'affirmative résulte des L. 5, § ult. L. 6 de in lit. jur. (12, 3), L. un. § 2, C. de R. U. A. T. (5, 13) : or, il est clair que l'*intentio* de l'action de droit strict tend toujours à un *dare*. Puis il est encore clair que les *condictiones* s'appellent actions de droit strict, voyez Théoph. IV, 13, § 3.

[3] L. 5, § 4, D. de in lit. jur. L. 3, § 2, D. comm. (13, 6), L. un. § 2, C. de R. U. A. T. (5, 13), § 28 J. de act. (4, 6).

et les secondes *bonæ fidei* [1], en ajoutant toutefois à *dare facere* cette expression *ex fide bona*, employée aussi par Cicéron [2], ou d'autres expressions analogues se référant à l'équité, telles que *quantum æquius melius* de l'action *rei uxoriæ* [3], ou bien *ut inter bonos bene agi oportet* de l'action de fiducie [4]. L'origine de ces additions a été expliquée au § 42; au § 56 nous avons vu la forme de la *condemnatio* correspondre à l'*intentio* tendant à une *certa pecunia* ou à tout autre *certum*, ou à l'*intentio* tendant à un *dare facere*.

Dans les *arbitria*, ou, ce qui est la même chose, dans les *judicia in quibus ex fide bona est additum*, le juge, continue Cicéron, s'appelait *arbiter* (dans un sens étroit); dans les *judicia* où n'était pas cette addition, il s'appelait purement et simplement *judex* : il nous apprend que le *judicium* tendait à une *certa pecunia*, et que la formule de son *intentio* était : « *si paret sest.* x *millia dare oportere ;* » que *l'arbitrum*, au contraire, était *incertæ pecuniæ*; que le *judicium* était *directum*, *asperum*, *simplex ;* que *l'arbitrium* était *mite*, *moderatum;* que le *judex* ne pouvait que condamner à toute la somme comprise dans *l'intentio*, ou absoudre; que *l'arbiter* condamnait rarement à tout ce qui avait été demandé [5]; car son devoir était de prendre en considération les réclamations contraires du défendeur (*quid quemque cuique*, ou *alterum alteri præstare oportet*) [6].

Dans les ouvrages des jurisconsultes romains d'une époque moderne [7], les actions de bonne foi sont appelées aussi *bonæ fidei judicia*, ou *arbitria* ; le juge de cette action est aussi appelé quelquefois *arbiter* : d'après eux, il entrait dans les pouvoirs

[1] Conf. § 28 avec 29 et 30, J. de act. — L. 5, 6, 7, § 1, avec L. 7 pr. D. de eo quod certo loco (13, 4).

[2] Cic. Top. c. 17, de off. III, 15 et 17. Val. Max. VIII, 2, no 1. Gaius, IV, 41, 47, 54, 60.

[3] Cic. de off. III, 15. Topic. l. c. L. un. § 2, C. cit. § 29, J. de act. L. 8 D. de cap. min. (4, 5). L. 66, § 7, sol. matr. (24, 3).

[4] Cic. ll. cc. et ad div. VII, ep. 12.

[5] Cic. pro Rosc. Com. c. 4, 5, et Senec. de ben. III, 7.

[6] Cic. de off. III, 17. Top. c. 17.

[7] Voyez les §§ 63 et 63 bis.

du juge de cette action de modifier la condamnation d'après des circonstances qui n'auraient pu entrer dans la balance du juge de l'action de droit strict, que s'il y avait été autorisé par une exception [11]; enfin les contrats de bonne foi pouvaient offrir au défendeur une action contraire contre le demandeur; il n'avait pas besoin, pour faire valoir ses prétentions contraires, d'attendre l'attaque du demandeur. Mais les obligations de droit strict étaient telles, qu'elles ne comportaient pas l'action contraire, que l'obligation du seul défendeur pouvait donner lieu à une action [12], et que, d'un autre côté, le défendeur ne pouvait que nier l'existence du droit du demandeur; pour la repousser comme inique, il aurait fallu qu'il fît ajouter, dans ce but, une exception à la formule, ce qui, dans le principe, lui était rarement accordé, et le fut plus tard sans difficulté [13]. D'après cela, les *stricta judicia* étaient plus simples; et quand l'action avait pour but la *certa pecunia*, par exemple dans le *mutuum*, le procès devait se terminer plus promptement que lorsqu'il s'agissait d'une action de bonne foi [14].

Le *dare oportere*, qui était le but de l'action de droit strict, était réclamé, dans le système des actions de la loi, au moyen de la *legis actio per condictionem*, excepté dans les cas où l'on appliquait la *manus injectio* (§ 43 et 47). Nous avons dit d'où venait, dans ce système, ce nom de *condictio*. Or, dans la pro-

[11] Voyez § 1-3 J. de except. (4, 12), où, comme dans le titre D. de doli mali except. (44, 4), l'exception de dol n'est insérée que dans l'*intentio* qui tend à un *dare*.

[12] Cicéron dit précisément que le propre des *judicia* est de n'autoriser le juge qu'à apprécier l'obligation du défendeur, et d'exclure l'action contraire. Au reste, nous ne trouvons aucun passage dans les sources de droit qui autorise à penser qu'une action contraire pouvait naître de la source de l'obligation tendant à un *dare*.

[13] Conf. § 30, J. de act. — Théoph. IV, 13, § 3.

[14] Sous ce rapport, et dans ce sens, se justifierait le titre de l'ouvrage de H. C. Stever, ainsi conçu : *De summario romanorum judicio, seu de stricti juris et bonæ fidei actionibus*. Lips. 1822, 8. Mais l'auteur classe parmi les actions de droit strict les interdits et un grand nombre d'autres actions. — Heffter Inst. p. 386, 390.

cédure formulaire, où il n'y avait plus de *condicere*, on employa cependant cette expression pour désigner l'action tendant à une *dare*; on l'appella *condictio*, *condictitia actio* [15], que le but fût une *certa pecunia*, ou toute autre *certa res* [16], spécialement lorsqu'on la donnait pour des hypothèses où autrefois on n'aurait pas appliqué la *manus injectio* (voyez § 61).

Le mot *condictio* est encore employé, mais dans un sens beaucoup plus large, pour désigner toute action *in jus* par opposition aux actions *in rem* [17].

§ LXI. — *De la certi condictio.*

Toutes les actions qui, sous l'ancien système, étaient exercées sous la forme de la *manus injectio* ou de l'*actio per condictionem*, et qui ont passé dans le système formulaire comme actions civiles, sont des conditions *certi*, c'est-à-dire, des formules avec une *intentio si paret dare oportere*; telles sont toutes celles qui sont énumerées au § 47, spécialement l'action de la loi Aquilia, qui est une *condictio* [1] proprement dite; si on lui a donné la dénomination d'*actio* seulement, cela tient à ce qu'elle n'était pas régie autrefois par la procédure de l'*actio per condictionem* [2]. Toutefois l'action *judicati* qui, dans les actions de la loi, était le type de l'action *per manus injectionem*, est la seule peut-être qui fasse exception; car elle n'est que prétorienne, et par conséquent *in factum*. (Conf. § 138.)

La *condictio certi* nait [3] : 1° d'une loi obligeant à un *dare*,

[15] L. 24 D. de R. C. (12, 1). « Actio condictionis, » L. 1 C. de cond. ind. (4, 5).

[16] Gaius, IV, 18 f. § 15, J. de act. avec Gaius, IV, 33.

[17] Gaius, IV, 5, § 15, cit. L. 25 p. D. de O. et A. (44, 7).

[1] L. 9, § 1, D. de R. C. (12, 1).

[2] Heffter ad Gaium, p. 66, f. ne la regarde pas comme une condiction par ce motif qu'elle est appelée *actio*. Mais c'est une erreur.

[3] E. Gans, Obligationenr. p. 21 et suiv. a le premier cherché à déterminer le caractère et les causes de la *condictio* : Mühlenbruch a admis ses idées à ce sujet; elles ont été adoptées depuis par Heffter et par Hollweg, l. c. p. 37. Mais on n'avait pas encore fait la remarque que les condictions se rattachent à l'ancienne *manus injectio*.

condictio ex lege[4]; tel est le cas de la loi Aquilia, où le demandeur doit fixer le montant en argent des dommages-intérêts qu'il réclame; il en pouvait être de même d'un sénatusconsulte ou d'une constitution impériale [5]; 2° d'un acte unilatéral de sa nature, ayant pour objet définitif la transmission de la propriété d'une chose déterminée; ce qui, d'après les idées romaines, était le fondement d'une *intentio* tendant à un *dare;* tels sont la *stipulatio certi*[6], la *litterarum obligatio* qui ne tend qu'à une *certa pecunia*[7], le legs *per damnationem* lorsqu'il a pour objet aussi une *certa pecunia* (cas où autrefois on appliquait la *manus injectio*) ou toute autre *certa res*[8], et enfin la *mutui datio*, laquelle n'oblige qu'à un *reddere*. Les seuls contrats desquels résultait la *condictio certi* étaient, pour emprunter les expressions de Cicéron, ceux dans lesquels il y avait *pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata*[9]: ce sont par conséquent le *mutuum*, la stipulation *certi* et le contrat littéral; 3° la *condictio certi* naît aussi [10] de toute *numeratio* obligeant à un *reddere*. Il est vrai qu'ici la cause de l'obligation de rendre a son siége dans le droit des gens, qu'elle est fondée sur le *bonum et æquum*[11]; mais là où l'équité fait saillie, le droit romain

[4] Tit. D. de condict. ex lege (13, 2). Tit. C. de cond. ex lege, etc. (4, 9).

[5] L. 9, § 1, D. de R. C. § 21, f. J. et Th. de act.

[6] Cic. pro Rosc. C. c. 5. L. 24 D. de R. C. init. J. de V. O. Théoph. IV, 13, § 1. — Gaius, ep. II, 9, § 4.

[7] Cic. l. c. Tit. J. de litt. obl..... « et ex ea nascitur condictio. » — Dans la L. 1 D. de annuis legat. (33, 1), l'action du légataire est comparée à l'action naissant de la stipulation ou du *nomen factum*.

[8] L. 9, § 1, D. de R. C. conf. avec la formule qui se trouve dans Gaius, II, 201 et 204, « intendere, heredem sibi dare oportere. » — Ulp. XXIV, 4. Théoph. II, 20, § 2. — Ce n'est pas là une *condictio ex lege*, comme le prétend Heffter, p. 69, car l'obligation de l'héritier ne repose sur la loi des XII Tables que d'une manière fort indirecte (*uti legassit*): ce ne sont pas les *verba legis* qui ont fait qu'il y a une condiction.

[9] Cic. pro Rosc. C. l. c.

[10] Cic. l. c. Tit. D. de reb. cred. (12, 1).

[11] Gaius, IV, 131..... numeratio pecuniæ jure naturali facit obligationem, 132: arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia — numeratione pecuniæ obligantur, quod genus obligationis juris gentium est.

attache une action de droit strict ; ainsi chaque fois que d'une part il y a perte, et de l'autre acquisition sans motif, qu'un sacrifice a été fait sans cause, il y a *condictio certi* appelée alors *sine causa* [12] : c'est encore par la même considération que la *condictio* est donnée à la place de la *vindicatio*, lorsque la chose qui aurait dû être revendiquée a péri, et lorsqu'il est cependant équitable que la chose périe soit rendue [13]. A côté de la *mutui datio*, où l'emprunteur du moment de l'exigibilité possède *sine causa*, se place particulièrement la *condictio indebiti* [14] qui a lieu lorsque de l'argent a été donné, non pour faire naître une obligation, mais pour en éteindre une que l'on croyait exister [15]. Ici se placent encore la *condictio ob causam datorum* accordée à celui qui, ayant donné une chose dans la vue d'en recevoir une autre, est trompé dans son attente par suite de l'inexécution de la promesse de son adversaire [16]; la *condictio ob turpem* ou *injustam causam*, quand la cause pour laquelle on a donné une chose est honteuse ou injuste de la part de celui qui l'a reçue [17]; et enfin la condiction furtive, accordée contre le voleur pour la chose volée, non-seulement lorsque la revendication n'est plus possible, mais encore concurremment avec la revendication [18], anomalie qui vient de l'odieux attaché au vol [19]. L'action *rerum amotarum* est aussi une *condictio* [20].

§ 2, f. J. de J. N. G. et C. — L. 15, 64, 65, § 4, 66, D. de cond. ind. (12, 6). L. 50 pr. D. de I. D. (23, 3). L. 25 D. rer. am. (25, 2), conf. L. 9 pr. D. de R. C.

[12] Tit. D. de cond. sine causa (12, 7). L. 25 f. D. rer. am. « Jure gentium condici puto posse res ab his qui non ex justa causa possident. »

[13] L. 14 D. de R. C. L. 3 C. de cond. ex lege (4, 9).

[14] Tit. D. de cond. indeb. (12, 6). C. eod. (4, 5).

[15] Gaius, IV, 91, § 1, J. quibus modis re contrahitur obligatio.

[16] Tit. D. de cond. causa data causa non secuta (12, 4), C. de cond. ob causam dator. (4, 6).

[17] Tit. D. de cond. ob turp. l. injust. causa (12, 5). C. de cond. ob turp. caus. (4, 7) de cond. ex lege et sine causa l. injusta causa (4, 9).

[18] Tit. D. de cond. furt. (13, 1). C. eod. (4, 8).

[19] Gaius, IV, conf. avec III, 99; § 14, J. de act.

[20] L. 26 D. rer. amot. (25, 2).

§ LXII. — *De la condictio certi et de la condictio incerti.*

Dans l'origine, l'action appelée *condictio* ne s'appliquait qu'à un *certum* : peu à peu s'introduisit l'usage d'y recourir pour un *incertum*; et pour cela on employa une formule *incerta*, dont l'*intentio* commençait par ces mots : *quidquid ob eam rem* (*formula qua incertum petimus*)[1]. Or il y a déjà *incertum* par cela seul que le débiteur a le droit de choisir la chose qui doit être payée[2], si, par exemple, on a stipulé de lui un individu à prendre dans un genre[3]; il y a également *incertum* lorsque la dette consiste dans la constitution d'une servitude ou d'une hypothèque[4]; lorsque encore le défendeur doit fournir une caution, ou bien rétablir le créancier dans un droit qui a été éteint par une libération non due, ou réciproquement lorsque le débiteur doit être restitué contre une obligation qu'il a indûment contractée. Dans tous ces cas il y a *condictio incerti* quand la cause de l'action est une de celles qui, dans l'origine, auraient pu donner lieu à une *obligatio certa*[5]. Dans les cas que nous venons de désigner, quoique l'obligation soit *incerta*, son objet est toujours au fond une *datio*[6]; mais, en outre, on a appliqué la *condictio incerti*, avec la formule *quidquid dare facere oportet*[7], à des

[1] Gaius, IV, 54, 131, 136. Hollweg Versuche, p. 38, note 85.

[2] L. 75, § 8, D. de V. O. (45, 1).

[3] Gaius, IV, 53, fin.

[4] L. 19 D. de serv. præd. rust. (, 8, 3). L. 56, § 6, D. de V. O. conf. avec L. 22, § 1, D. de cond. ind. L. 8 pr. D. de A. E. (19, 1). L. 75, § 3, de V. O. L. 1 de usu, etc., per leg. (33, 2).

[5] L. 16, § 2, D. de min. (4, 4). L. 5, § 1, D. de usufr. ear. rer. (7, 5). L. 4, 9 fin. L. 10 D. de cond. caus. data (12, 4). L. 3 D. de cond. sine caus. (12, 7). L. 2, § 3, 4, de don. (39, 5). L. 12 de nov. (46, 2), etc.

[6] L. 1 pr. L. 3 de cond. sine causa (12, 7). L. 5 fin. de A. E. (19, 1). L. 46 p. fin. L. 76 D. de I. D. (23, 3). L. un. C. de err. calc. (2, 5).

[7] Ainsi, d'une stipulation tendant à un *incertum*, naît la *condictio incerti* : « Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concepi debet, » Gaius, IV, 53 fin. — Gaius, IV, 131, 136, 137. L. 75, § 7; L. 76, § 1, D. de V. O. (45, 1). Elle naît aussi d'un legs dont l'objet est un fait, et d'un legs *sinendi modo*, Gaius, II, 213. — Ce qui prouve

obligations dont le but était une simple prestation, pourvu qu'elle ne fût pas trop vague [8]. Toutefois la formule de la *condictio incerti* fut toujours distincte de la formule de l'action de bonne foi en ce qu'elle ne comprenait pas l'addition *ex bona fide*, et surtout sous le rapport de la source de l'obligation donnant lieu à la *condictio incerti*, et de son caractère unilatéral. Malgré ces différences marquées entre la *condictio incerti* et l'action de bonne foi, il y avait cependant entre elles quelque analogie quant à leurs résultats [9] : c'est ce qui avait lieu surtout quand la *condictio incerti* était la conséquence d'une stipulation fondée sur la *bona fides* [10]. Les *condictiones incerti* doivent donc être considérées plus ou moins comme un chaînon destiné à rattacher le système des actions de droit strict originaire avec celui des actions de bonne foi : au moins peut-on dire que par la naissance des *condictiones incerti* les actions de bonne foi ont cessé d'être les seules actions *incerti*. Par conséquent, en donnant au mot *condictio* toute l'étendue qu'il peut comporter, on définira la *condictio incerti* l'action personnelle qui a une formule *concepta in jus* avec une *intentio incerta* [11]. Cette définition comprendrait les actions de bonne foi et même les actions *præscriptis verbis*.

Malgré l'extension donnée à la *condictio*, malgré son application à un *incertum* (la *condictio incerti*), lorsque cependant l'on voulait signaler l'opposition entre l'ancienne *condictio*

aussi que les condictions ne se sont appliquées à un *incertum* que par suite d'une extension donnée à la condiction primitive, c'est que les anciens jurisconsultes, Labeon par exemple, conseillent de stipuler une clause pénale pour le cas où le fait, stipulé d'une manière principale, ne serait pas exécuté. L. 137, § 7, avec L. 71 D. de V. O. L. 8 sub f. D. ratam rem haberi (46, 8) : Justinien lui-même est d'avis que l'on transforme en une *stipulatio certa*, au moyen de la clause pénale, la stipulation dont l'objet est un *facere*. § 7 J. de V. O.

[8] L. 94, L. 115 pr. de V. O.

[9] Gaius, II, 280.

[10] L. Gall. Cisal. col. 1, l. 27 et 36.

[11] Keller, p. 252. Hollweg, p. 40, note 87.

appliquée à un *certum*, et la nouvelle appliquée à un *incertum* [12], on continua à n'appeler *condictio* que la première : ainsi quand la stipulation avait un *certum* pour objet, l'action qui en naissait s'appelait *condictio* purement et simplement ; si son objet était un *incertum*, l'action s'appelait *actio ex stipulatu* [13], et non pas *condictio incerti*, quoiqu'il n'y eût pas de motif de ne pas l'appeler de ce dernier nom [14]. Au reste une obligation qui n'est *incerta* que parce qu'elle est conditionnelle ou à terme, après l'événement de la condition ou l'arrivée du terme donne lieu à une *condictio certi* pourvu qu'elle porte sur un *certum* [15]. Or c'est ce qui n'a jamais lieu pour les obligations de bonne foi considérées comme telles [16].

De même que dans le système des actions de la loi, la *condictio* du système formulaire ne s'est d'abord appliquée qu'au cas où l'objet de la dette était une *certa pecunia*. On ne pourrait peut-être pas admettre cette proposition en se fondant seulement sur cette circonstance que Cicéron, dans son discours *pro Roscio Comœdo* [17], place la *certa pecunia* en première ligne ; mais elle acquiert toute la certitude de la démonstration par cette circonstance que les jurisconsultes des Pandectes, par cette expression *si certum petatur*, entendent toujours la *condictio certæ pecuniæ* [18], et dénomment *condictio*

[12] L. 27 f. D. de rec. (4, 8). L. 8 D. de usuf. car. (7, 5). L. pr. D. de usur. (22, 1). L. 75, § 4, de leg. 1 (30).

[13] L. 24 D. de R. C. (12, 1). Init. J. de V. O.

[14] Voyez supra, note 6, conf. avec L. 75, § 7, D. de V. O. Mühlenbruch, Heidelb. Jahrb. de 1821, p. 59 ; mais voyez Jul. Rubo über die Theilbarkeit der Oblig. Berl. 1822, p. 52. Voyez aussi Ribbentrop, Diss. cit. p. 34 sq. note 36.

[15] C'est le sens de la L. 9 pr. D. de R. C. donné par Rube, p. 81. Gans, p. 127, et Heffter ad Gaium, p. 67, s'en sont écartés.

[16] La même affaire peut, en effet, donner lieu à une *condictio* comme à une action de bonne foi, et même au concours des deux actions ; voyez Gans, p. 124 ; ainsi s'expliqueront les L. 13 D. dep. (16, 3), L. 28, § 4, de jurejur. (12, 2). Heffter, p. 67.

[17] Cic. pr. Roscio C. c. 4.

[18] L. 1 pr. D. de cond. triticaria (13, 3). Conf. L. 6 pr. § 1, de conf. (12, 2), et la Rubr. D. de reb. creditis, *si certum petatur* (12, 1). C. cert. petatur (4, 2).

triticaria toute autre *condictio*, qu'elle soit *certi* ou *incerti* [19]. Cette expression *triticaria* vient même corroborer cette opinion ; car lorsqu'on voulut appliquer à d'autres objets qu'à de l'argent la *condictio certi*, on dut commencer par l'appliquer à d'autres choses fongibles, à une dette de froment : cette application nouvelle donna lieu par conséquent à la dénomination de *triticaria* par opposition à la *condictio* (*certæ pecuniæ*) [20] ; et une fois que le nom de *condictio triticaria* fut admis pour une *condictio* autre que l'originaire, et comme formant opposition avec cette dernière, ce même nom de *condictio triticaria* fut étendu à toute autre *condictio* même *incerti*. — Au paragraphe 52 nous avons déjà vu que l'*intentio* de la *condictio certæ pecuniæ* avait une forme très-simple ; dans tous les cas, nous savons à ne pas en douter que l'action *de pecunia certa credita* est signalée comme faisant saillie sous plusieurs rapports [21], et que la procédure de cette action était la moins compliquée [22]. Elle a servi de type très-probablement à la *condictio indebiti* et à toute autre de la même espèce, et peut-être même à la *condictio* née d'une stipulation ayant pour objet une somme d'argent [23]. Dans la *condictio certæ pecuniæ*, la somme de la *condemnatio* n'était que la reproduction de la somme indiquée dans l'*intentio* ; lorsque la *condictio certi* n'était pas d'une *certa pecunia*, la *condemnatio* était conçue *quanti ea res erit*, et enfin, dans l'*incerti condictio*, la *condemnatio* pouvait être accompagnée d'une *taxatio* [24] : de telle sorte que, de degré en degré, la procédure perd de plus en plus de sa simplicité, se complique toujours davantage, et présente un champ de plus en plus vaste à l'appréciation du juge [25].

[19] Gans, p. 85-88. — L. 1 pr. D. cit.

[20] « Immo potius *Triticiana* ab auctore suo, » dit Heffter, p. 71.

[21] L. Gall. Cis. c. 21. — Gaius, IV ; 171.

[22] Sous les empereurs chrétiens encore l'action *ex mutuo* est jugée plus promptement que d'autres. Voyez infra, § 114.

[23] Heffter, p. 72.

[24] Voy. supra, §§ 56, 57. Heffter, p. 73.

[25] Hollweg, Versuche, p. 39, note 86.

§ LXIII. — *Des actions de bonne foi dans leur ensemble* [1].

On ne peut pas faire des actions de bonne foi une classification comme des condictions ; aussi, dans les sources, n'en trouve-t-on qu'une énumération. Cicéron en cite plusieurs exemples [2] ; mais leur nombre est complété par Gaius et Justinien [3]. D'après eux, étaient de bonne foi : l'action de fiducie [4], ainsi que toute action fondée sur la *nexi obligatio*, par conséquent les actions de gage [5], de dépôt [6] et de commodat [7] ; puis les actions *emti* [8] *venditi*, *locati conducti*, *rei uxoriæ* [9], *pro socio* [10], de tutelle [11], de mandat [12], et de gestion d'affaires. Cicéron indique toutes ces actions comme étant déjà de bonne foi à son époque, à l'exception des actions de dépôt et de gage qui probablement n'existaient pas encore de son temps comme distinctes de l'action de fiducie. Il est certain, en effet, que du moment que ces autres actions ont fait leur apparition dans le système formulaire comme

[1] Gans Obl. p. 15-21, p. 98-123. Heffter Obs. XV. Cicéron les appelle *arbitria* purement et simplement, ou *judicia in quibus additur ex fide bona*. Ils sont appelés de même par les jurisconsultes des Pandectes.

[2] Cic. Top. c. 17, de Off. III, 15, et 17, de natur. D. or. III, 30.

[3] Gaius, IV, 62. Il y a, dans le manuscrit, une certaine confusion ; et d'ailleurs il y a des lacunes. Voy. Gœschen, Unterholzner et Heffter. §§ 28-29 J. de act.

[4] Quant à la forme de cette action, voy. § 60, supra, note 7.

[5] Gaius ne nomme point celle-là, parce qu'il la regardait comme comprise dans l'action de fiducie; mais on la trouve § 28 J. cit.

[6] Il y a dans l'action de dépôt *officium arbitri*, voy. L. 24 D. dep. (16, 3).

[7] Voyez L. 18, § ult. D. comm. (13, 6). L. 3, § 2 eod.

[8] L'action *emti* s'appelle aussi *arbitrium* dans Val. Max. VIII, 2.

[9] Voyez la formule de l'action *rei uxoriæ*, supra, § 60, note 6.

[10] Cette action est appelée *arbitrium* dans Cic. pro Rosc. c. 4 et 9, pro Quint. c. 3. L. 38 D. pro socio (17, 2).

[11] *Arbitrium* tutelæ dans la Rub. C. 5, 51. Voyez aussi L. ult. § 2, D. de app. (46, 1).

[12] *Arbitrium* dans Cic. pr. Rosc. Am. c. 39.

actions particulières, elles ont dû y figurer comme actions de bonne foi. D'un autre côté, de ce que Gaius omet, dans son énumération, les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* [13], il ne faut pas en conclure que de son temps elles n'étaient pas de bonne foi comme du temps d'Ulpien et de Paul [14]; car l'omission de Gaius tient probablement à ce que ces deux actions ont un caractère tout particulier [15]: ce sont des *judicia duplicia*, dans lesquels la *condemnatio* est accompagnée de l'*adjudicatio*, et ne cadre pas par conséquent avec l'*intentio*.

Quant aux actions *præscriptis verbis*, elles ne figuraient pas encore, du temps de Gaius, dans les actions de bonne foi; avec d'autant plus de raison qu'elles n'ont fait invasion dans le droit civil qu'avec difficulté, et que l'école de Gaius s'opposait à cette invasion : elles finirent par être traitées comme actions de bonne foi (voy. supra, § 55); deux d'entre elles en prirent même la dénomination d'une manière positive, ce sont l'action estimatoire et celle *quæ ex permutatione competit* [16], l'une du temps d'Ulpien [17], l'autre plus tard [18].

[13] Cic. fait mention de cette dernière, Cic. ad div. VII, ep. 12. *Arbitrium* et *arbiter* sont des expressions employées pour ces deux actions en partage, L. 47 pr. L. 52, § 2, D. fam. erc. (10, 2). L. 26 D. com. div. (10, 3).

[14] D'après la L. 4, § 2, L. 14, 1, D. comm. div. l'action *communi dividundo* au moins était de bonne foi du temps de Gaius : or, il en devait être de même de l'action *familiæ erciscundæ*, puisqu'elle a dû servir de type à la précédente, L. 9 C. fam. ercisc. (3, 36). L. 3 C. communia (3, 38), § 28 J. cit. bonæ fidei. Mais Heffter, p. 27, pense que ce ne fut que depuis Gaius que ces deux actions furent de bonne foi, parce que, dit-il, leur formule ne pouvait être conçue que *quantum adjudicari oportet!!* Mais voyez Julien, L. 24 pr. D. comm. div. (10, 3).

[15] Gans, p. 113 et suiv.

[16] Heffter, p. 79, pense que toutes les actions *præscriptis verbis* étaient conçues avec l'addition *ex fide bona;* mais alors on ne concevrait pas pourquoi il n'y en aurait que deux qui figureraient positivement dans Justinien, Inst. § 28 de act.

[17] L. 1 D. de æstim. (19, 3).

[18] L. 2 C. de rer. permutat. et præscriptis verbis (4, 64), de Dioclétien.

Cette admission des actions *præscriptis verbis* dans les actions de bonne foi se réalisait en ajoutant à l'*intentio* ces mots : *ex bona fide*. Enfin une constitution de Justinien [19] a augmenté le nombre des actions de bonne foi de la pétition d'hérédité, c'est-à-dire qu'il l'a mise sur la même ligne quant aux effets : on ne peut lui supposer aucune autre intention, puisque sous son règne il y avait déjà longtemps qu'il n'y avait plus de *conceptio formularum*. Quand cet empereur nous dit qu'on avait beaucoup douté avant lui qu'elle pût prendre rang parmi les actions de bonne foi [20], il ne peut pas vouloir dire en effet qu'on eût hésité sur la question de savoir si elle pouvait revêtir la formule d'une action de bonne foi [21] ; car une action réelle ne pouvait pas évidemment se prêter à une formule dont le but était un *dare facere*. Sa pensée est donc seulement qu'on avait douté si l'*officium* du juge pouvait avoir ici les coudées franches comme dans les actions qui autrefois se réalisaient par des formules de bonne foi ; si, pour apprécier les considérations d'équité invoquées par le défendeur, il aurait fallu une exception de dol [22].

§ LXIII *bis*. — *De la nature des actions de bonne foi.*

Dans les actions de droit strict, lorsque aucune exception n'était insérée dans l'*intentio* de la formule, le juge ne pouvait s'occuper que de la prétention du demandeur pour elle-même et sans tempérament ; mais, dans les actions de bonne foi, il était de son devoir de peser toutes les considérations d'équité que pouvait faire valoir le défendeur, ainsi que toutes les réclamations contraires, du moins lorsqu'elles avaient avec la demande des rapports intimes, afin d'arriver à établir

[19] L. ult. § 3, C. de pet. hered. (3, 31).

[20] § 28 f, J. de act.

[21] Tout ce que dit Justinien à ce sujet, et principalement sa décision, n'a aucun rapport avec la forme de l'action de bonne foi.

[22] Conf. L. 38, 39, § 1. L. ult. D. de her. pet. (5, 3) avec § 63 bis, note 7, in fine, où l'on peut apercevoir comment une action peut être considérée comme étant de bonne foi sous le rapport des résultats.

une compensation ; et, lorsqu'il l'établissait, il ne condamnait qu'au reliquat [1]. Ainsi l'objet de l'action de bonne foi était toujours un *incertum*, sa formule était *incerta*. Cette circonstance toute seule ne suffirait pas pour caractériser cette action, puisque nous avons vu qu'il y a des condictions *incerti* avec une formule *incerta*, et puisque d'ailleurs il y avait un grand nombre d'actions *in factum* dont l'objet était un *incertum* (§ 54). Le caractère distinctif des actions de bonne foi consiste dans la latitude donnée au juge d'apprécier la demande d'après l'équité, et d'admettre les prétentions contraires du défendeur dans la balance de la justice [2]. Aussi tous les contrats synallagmatiques sont-ils de bonne foi de leur nature, savoir : la vente, le louage, la société, et les quasi-contrats de communauté entre héritiers et autres. D'autres rapports de la vie commune (*quibus vitæ societas continetur*) [3], dans lesquels les prétentions contraires ne peuvent surgir qu'accidentellement et postérieurement au premier fait constitutif de ces rapports, peuvent donner lieu à des actions de bonne foi; mais ces actions alors ne se présentent pas aussi naturellement que dans les contrats synallagmatiques, quoique cependant plus naturellement toujours qu'elles ne le pourraient faire dans les circonstances qui donnent lieu aux condictions. Arrivant aux détails, nous dirons que les traits caractéristiques des actions de bonne foi sont :

1° *Dolum malum semper abesse* [4]. Ce sont des *judicia de fide mala*, comme s'exprime Cicéron [5] ; ce qui veut dire qu'ici toutes les considérations que le juge ne pourrait admettre dans d'autres cas qu'en vertu d'une exception de dol, peuvent et doivent être appréciées par lui par cela seul qu'il s'agit d'une action de bonne foi, *doli exceptiones bonæ fidei actioni*

[1] Cic. Top. 17, de off. III, 17, Gaius, IV, 61, 63, § 30, 39, J. de act. L. 5, pr. D. de O. et A. (44, 7).
[2] Gans, p. 15 et suiv. p. 98 et suiv.
[3] Cic. de off. l. c.
[4] L. 6 f. D. de A. E. (19, 1).
[5] Cic. de nat. Deor. III, 30.

insunt, judicium continet in se doli mali exceptionem [6]. Ce qui ne peut s'appliquer à une action *in factum* [7]. Il ne faut pas toutefois aller jusqu'à dire que jamais il n'est besoin d'insérer une exception dans les actions de bonne foi [8]. Cela n'est vrai que pour celle qui tendrait à établir la mauvaise foi : quant aux autres, il faut les insérer dans la formule de bonne foi, par exemple, les exceptions *procuratoriæ*, *cognitoriæ*, *litis residuæ*, *rei judicatæ*, *quod facere possit* [9].

2° Que chacune des parties puisse tirer de la même source une action contre son adversaire. Il y a réciprocité complète dans les obligations qui donnent droit pour chacune des parties à une prestation : l'action de chacune d'elles a le même nom, lorsque les prestations réciproques sont les mêmes, par exemple, *pro socio*, *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ* : le nom diffère lorsque la prestation de l'une diffère de la prestation de l'autre, par exemple, *emti venditi*, *locati conducti*. Quant aux cas dans lesquels l'obligation réciproque ne naît qu'accidentellement, on a admis peu à peu l'action contraire [10]; cette expression est même devenue technique pour cette action. Cicéron disait déjà que dans la plupart des *arbi-*

[6] L. 3, D. de resc. vend. (18, 5). — L. 84, § 5 de leg. 1 (30). — Vat. fr. § 94, L. 21 f. D. sol. matr. (24, 3).

[7] Le rapprochement des deux formules de Gaius, IV, 47, prouvent bien que la *clausula doli* ne figurait pas dans l'action *in factum*. — Comme l'insertion d'une exception ou d'une réplique de dol peut faire produire à une action qui n'est pas de bonne foi les mêmes effets que si elle l'était, la loi 3 C. des exc. (8, 36) peut s'expliquer facilement; et, en outre, on peut comprendre pourquoi Justinien a pu dire que l'on doutait si la pétition d'hérédité était une action de bonne foi; on avait douté, en effet, si l'exception do dol avait besoin d'être insérée dans la formule de la pétition d'hérédité, si elle n'y était pas comprise de plein droit.

[8] C'est ce qu'a soutenu M. Burnouf, p. 29, sq. (Mais alors c'était presque pardonnable, l'explication du système des actions n'était qu'au berceau. E.) Voyez aussi Heffter, Inst. p. 280, note 25.

[9] L. 8, D. de exc. rei jud. (44, 2) avec Gaius, IV, 107. — L. 7, D. de except. (44, 1).

[10] Voyez Gans, p. 109-113, sur l'historique des actions contraires.

tria il y a des *judicia contraria* [11]; du temps des jurisconsultes des Pandectes il en était ainsi de tous les *arbitria*, excepté dans le cas de l'action *rei uxoriæ* contre laquelle il y avait un autre moyen [12]; et dans les circonstances d'où naissait une action *præscriptis verbis* et qui donnaient lieu à une action réciproque, cette dernière ne pouvait être elle-même qu'une autre action *præscriptis verbis*. Quant à l'action contraire de tutelle, nous savons qu'elle fut introduite par le préteur [13], que par conséquent elle n'est pas contraire dans le même sens que les autres; elle n'est pas de bonne foi, mais *in factum*. — Par l'action contraire une partie demande ce qu'elle aurait eu le droit de réclamer dans une attaque qu'aurait dirigée contre elle son adversaire [14]. De cette remarque qui a été faite [15] que l'action contraire peut être intentée quoique l'action directe ne l'ait point été, il est permis peut-être de tirer cette conséquence que, dans le principe, il n'en était pas de même; que là où d'abord on n'accordait à une partie que le droit de repousser les prétentions d'un créancier par des prétentions contraires, on l'autorisa plus tard à actionner, d'abord sous la condition que l'action directe aurait été déjà exercée, et ensuite sans cette condition.

3° Que le juge puisse accorder au demandeur des choses non comprises dans l'obligation d'où l'action tire son origine, par exemple, des intérêts et des fruits. Quant aux intérêts, le principe s'est tellement étendu sous l'influence des rescrits impériaux, que le juge pouvait condamner à des intérêts pour simple retard, ou pour l'usage que l'on avait eu de la chose

[11] Cic. de off. III, 17.

[12] (Cet autre moyen auquel pouvait recourir le mari actionné par l'action *rei uxoriæ* consistait dans le droit de rétention. L. 5 de dote præl. (33, 4). — L. 7, § 5, L. 15, § 1, L. 39, D. sol. matr. (24, 3). L. 1, C. rer. am. (5, 21). L. 6, C. de comp. (4, 31). — Ulp. VI, 9. L. un § 5. C. de rei uxor. act. L. 2, C. Th. de dotib. (2, 13) E.).

[13] L. 1, D. de tutelæ (27, 4).

[14] L. 8, § 2, D. de neg. gest. (3, 5). L. 18, § 4 comm. (13, 6).

[15] L. 17, § 1, commod. L. 1, § 8, D. de tutelæ (27, 4).

litigieuse, lorsque l'équité semblait l'exiger ainsi [10]. Nous verrons au § 121 jusqu'à quel point il est vrai de dire que, pour l'appréciation des dommages et intérêts, l'action de bonne foi exige l'application de principes étrangers aux autres actions.

§ LXIV. — *Des actions réelles* [1]. — *Introduction.* — *De la sponsio.*

Sous le système formulaire, les actions civiles *in rem*, appelées *vindicationes* comme dans l'ancien système, à cause des *vindiciæ* [2], se réalisaient de deux manières : par la *sponsio*, ou par la formule pétitoire [3]. La *sponsio* est évidemment une imitation de l'*actio sacramenti* autrefois appliquée aux revendications; Cicéron la mentionne déjà, en l'opposant à la *legis actio sacramenti*, au sujet de la pétition d'hérédité (voyez note 8). L'orateur romain connaissant aussi la formule pétitoire comme moyen de revendiquer les choses corporelles (voyez § 65, note 2), il paraît que ce ne fut que plus tard qu'on l'appliqua à la pétition d'hérédité [4]. Déjà au § 53, nous

[10] L. 7, D. de neg. gest. (3, 5); quia tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatione ejus rei facta interrogatio. L. 24, D. dep. (16, 3); — et est constitutum, in bonæ fidei judiciis quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio. L. 54, pr. loc. (19, 2): — usuræ enim in bonæ fidei judiciis, et si non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur. — L. 1, pr. L. 37, D. de usur. (22, 1). — L. 34, D. eod.

[1] Ribbentrop, Diss. cit. p. 2-41. Hollweg, dans la Zeits. f. gesc. Rw. p. 379-382, p. 388-397. Heffter, Obs. XVIII.

[2] « Vindicare i. e. intendere — ex jure Quiritium esse, » Gaius, II, 194.

[3] Gaius, IV, 91. Ce qui prouve que Gaius, dans ce passage, a entendu parler de revendications proprement dites, c'est ce qu'il dit de la *sponsio*, § 93. « Si homo *ex jure Quiritium* meus est. » D'un autre côté, quoique la formule pétitoire ait été appliquée aussi aux actions réelles prétoriennes, ici on ne pourrait pas dire « actor intendit rem suam esse, » comme l'affirme Gaius pour l'action réelle civile, au § 92.

[4] De ce que Cicéron n'admet que l'alternative de l'action de la loi ou de la *sponsio* pour l'hérédité (v. note 8), on peut conclure que ce ne fut que depuis lui qu'on appliqua la formule pétitoire à la pétition d'hérédité.

avons fait remarquer que les droits, qui sont le fondement de la revendication, n'ont pu se faire jour dans le système formulaire que par une tournure. Le premier biais auquel on eut recours pour arriver à ce résultat, fut la *sponsio*. De même que, dans la *legis actio sacramenti*, la procédure ne tendait ostensiblement qu'à faire décider laquelle des deux parties perdrait la somme du *sacramentum*, de même par la *sponsio* on semblait ne vouloir que faire statuer sur la question de savoir si le défendeur perdrait le montant de la promesse qu'il avait faite. La revendication exercée *per sponsionem* n'était donc, en apparence, qu'une action personnelle [5]. Voici comme cela se passait : le demandeur se faisait promettre une somme [6] dans une stipulation purement civile, c'est-à-dire, avec ces paroles « *spondesne ? spondeo :* » cette promesse était faite par le défendeur devant le magistrat sur l'interrogation du demandeur, pour le cas où celui-ci parviendrait à justifier sa prétention. S'il n'y parvenait pas, le défendeur était absous; dans le cas contraire, il était condamné à la somme promise. Toutefois cette somme n'était pas payée; car la *sponsio* n'était pas pénale, elle n'était que préjudicielle, elle ne formait qu'en apparence l'objet du litige; au fond la question de propriété elle-même se trouvait décidée. Mais outre cette *sponsio*, qui n'était que pour la forme et dont le montant n'était jamais payé, il intervenait, avant la *sponsio*, une autre stipulation dont le but était de soumettre le défendeur à restituer la chose litigieuse avec les fruits [7] intérimaires; cette double restitution devait être garantie par un fidéjusseur (*cum satisdatione*) [8]. Comme cette stipulation avait absolument le

[5] Hollweg, p. 381.

[6] De 25 sesterces, dit Gaius, IV, 93; mais il ne parle de cette somme qu'à titre d'exemple; elle pouvait certainement être plus ou moins forte, suivant l'importance de l'objet litigieux.

[7] Asc. ad Cic. l. c. fin.

[8] Cic. Verr. I, 45 : « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut pro præde litis vindiciarum cum satis accepisset sponsionem faceret (par conséquent la *sponsio* ne venait qu'après la stipulation). Ita de hereditate certaret. »

même but que les *prædes litis et vindiciarum* d'autrefois [9], elle fut appelée *pro præde litis et vindiciarum* [10].

Dans la *sponsio*, comme lors de l'action *sacramenti*, le défendeur était provoqué à promettre (*provocans adversarium tali sponsione*); — la discussion et la décision roulaient sur la gageure, et au fond le seul résultat qu'obtenait le demandeur victorieux était de pouvoir poursuivre le défendeur en vertu de la stipulation [11] qui avait précédé la *sponsio* : il y avait cette seule différence que, dans le *sacramentum*, il y avait deux provocations et deux stipulations, parce que les deux parties y figuraient comme revendiquant : dans la *sponsio* il n'y avait pas de *contravindicatio*; était défendeur celui qui possédait, il restait tel pendant tout le cours du procès; seul il promettait, seul il était dispensé de prouver, et seul il pouvait être condamné.

[9] Seulement autrefois on pouvait obtenir la chose, Gaius, IV, 48, tandis que par l'action *ex stipulatu* on n'obtenait que de l'argent. Ribbentrop, p. 34.

[10] C'est ce qui résulte de Gaius, IV, 91, 93, 94, conf. avec Cic. l. c. et Vat. fr. § 336. Mais nous ne pouvons admettre cette leçon du § 94 donnée par Savigny : « unde etiam is cum quo agitur, *non restipulatur* ideo, etc., » d'abord parce que la fin du passage ne cadrerait pas avec le commencement, et ensuite parce que ce n'est pas la *sponsio* elle-même qui est *pro præde litis vindiciarum*; mais quand on agit *per sponsionem* on fait la stipulation *judicatum solvi*; or de même que cette dernière stipulation ne constitue pas la formule pétitoire, de même la précédente ne constitue pas la *sponsio*. — La leçon que propose Heffter, p. XXXIX, ad § 91 fin. nous paraît préférable : « unde etiam is cum quo agitur, *pro præde litis vindiciarum satisdat*, *inde*, etc. » D'après cette correction, le sens du passage serait : « Comme la somme de la *sponsio* ne pouvait pas être exigée du défendeur, il fallait qu'il donnât caution de rendre la chose avec les fruits, à l'exemple des *prædes litis vindiciarum* que devait fournir jadis celui *secundum quem vindiciæ dicebantur*. »

[11] Unterholzner, dans la crit. Zeits. t. 4, p. 231, pense que le demandeur devait se faire mettre en possession, et que la caution ne servait qu'à lui garantir la restitution des fruits et une indemnité pour les détériorations. Mais les mots *lis* et *vindiciæ* indiquent, le premier le principal, et l'autre les accessoires.

Nous ne voulons pas examiner si la *sponsio* a été appliquée à l'action réelle par la loi Æbutia ; ce qui est certain, c'est que longtemps encore après cette loi on l'employait pour revendiquer, indépendamment de l'action *sacramenti* à laquelle on recourait souvent dans le même but [12] ; cette dernière s'était même assimilée en quelque sorte à la *sponsio* en remplaçant par une stipulation les *prædes* d'autrefois [13]. Rien ne nous empêche d'admettre que la *sponsio* a servi à réclamer aussi les servitudes, de même que les choses corporelles et les hérédités, quoique plus tard la formule pétitoire soit venue peu à peu lui ravir son application au point qu'on ne trouve plus de traces certaines de la revendication *per sponsionem* dans les compilations de Justinien. Enfin pour le *liberale judicium* on ne pouvait employer que la *sponsio* (voyez § 66).

[12] Gaius, IV, 95 (conf. supra, §§ 35 et 38). Voici quel est le sens de ce § 95 : « Lorsqu'on veut porter une action réelle devant les centumvirs, ce n'est pas au moyen d'une formule rédigée par le magistrat qui tendrait à faire condamner l'adversaire à une *summa sponsionis* (à celle convenue dans la formule), d'où résulterait la conséquence que, s'il ne voulait pas s'exécuter, la stipulation *litis vindiciarum* devrait alors produire tous ses effets ; mais on introduit l'action devant eux encore par l'action de la loi comme jadis : ainsi on provoque le défendeur par un *sacramentum*, c'est-à-dire, on le somme de s'engager par une *sponsio* à payer le *sacramentum* ; or cette *sponsio sacramenti*, depuis la loi (dont le nom est illisible. Voy. Dirksen Vers. p. 184, Gœschen, Unterholzner et Heffter), est de 125 sesterces. (Il n'est pas nécessaire de lire ici 25 à cause de Gaius, IV, 93, car ce chiffre 25 n'est ici donné que comme exemple). Puis viennent les autres formalités en usage dans l'action *sacramenti*. » L'explication de ce § par Heffter, p. 388, est par trop subtile. Si Gaius ne désigne cependant que deux manières de revendiquer, c'est qu'il entend ne parler que de la procédure ordinaire suivie devant un juge par suite d'une instruction formulée par le magistrat ; ou bien que, dans la forme *per sponsionem*, il comprend aussi l'action de la loi *sacramenti*.

[13] En effet, d'après Gaius, IV, 94, les *prædes* antiques n'étaient plus en usage ; peut-être cependant y en avait-il encore du temps de Cicéron, voy. Hollweg, p. 395, note 68.

§ LXV. — *De la formule pétitoire.*

Il y eut, pour revendiquer, une voie plus simple que la *sponsio*, ce fut celle qu'ouvrit la formule pétitoire, dans laquelle le demandeur, seul encore, *intendit rem suam esse* [1], de la manière décrite au § 52, contre le possesseur actuel. A cette *intentio* se rattachait une *condemnatio* qui rendait l'action arbitraire (conf. § 67). Voici un exemple de formule pétitoire : « *L. Octavius judex esto; si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium A. Agerii esse,* NEQUE IS FUNDUS A. AGERIO RESTITUETUR [2], *quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absolve* [3]. » On tend ici à la restitution de la chose elle-même quoique d'une manière indirecte ; le défendeur restituera pour éviter la condamnation. Ce dernier en même temps garantit le *judicatum solvi*, c'est-à-dire cautionne qu'il n'échappera pas à la défense (*de re defendenda*), et que, dans le cas de condamnation, il en payera le montant [4]. Dans cette action, le juge, avant d'estimer l'objet litigieux et de passer à la condamnation, s'il trouve la prétention du demandeur bien fondée, constate ses droits ; cette constatation forme la *res judicata*; elle est exprimée formellement par la décision qu'il rend à ce sujet, ou implicitement par l'ordre de restituer la chose adressée au défendeur [5]. Si celui-ci restitue,

[1] IV, 92.

[2] Cette formule se trouve dans Cic. Verr. II, 12, à l'exception de ce qui a été supprimé à dessein par Cicéron, au nom de Verrès. Heffter, p. 91, Keller, p. 214, not.

[3] Gaius, IV, 51 fin.

[4] Gaius, IV, 91, pr. J. de satisd. (4, 11). L. 1, 9, 13 D. Judic. solvi (46, 7).

[5] On trouve deux manières pour le juge d'exprimer le *judicatum*, la première « *judex sententia declaravit meam esse*; » et « *rem arbitrabitur mihi restitui.* » Voy. L. 35, § 1 D. de R. V. (6, 1). Conf. L. 40, § 2, de proc. (3, 3). L. 3, § 3, de reb. eor. qui sub tut. (27, 9). L. 6, § 2, de conf. (42, 2). L. 15, D. de exc. rei jud. (44, 2). Ribbentrop, p. 37-40. Keller, p. 115.

ou ne peut le faire parce qu'il a perdu la possession sans sa faute, il est absous [6] quant à l'objet principal [7]. Mais s'il refuse sans motif d'obéir au *jussus*, ce qui s'appelle faire *contumacia*, ou s'il a cessé de posséder par dol, il est condamné à une somme d'argent dont le chiffre est déterminé par le serment du demandeur [8]; si ce n'est que par suite d'une simple (*levis*) faute qu'il ne peut restituer, la somme de la condamnation est déterminée d'après le préjudice réellement éprouvé [9]. Mais le demandeur peut, lorsque la restitution est possible, l'exiger [10], et alors elle se fait *manu militari* [11]. On

[6] Il pouvait être absous, suivant les circonstances, moyennant caution; en outre le demandeur pouvait lui faire éviter la condamnation en lui faisant remise, l. 57, D. de her. pet. (5, 3). L. 7, D. si serv. vind. « — ut victori officio judicis aut res præstetur aut cautio. » L. 58, D. de R. V. (6, 1). L. 9, § 1, de furt. (47, 2).

[7] Voy. L. 68, D. de R. V. L. 41, § 1, de re jud. (42, 1).

[8] L. 41, § 1, D. de re jud. (42, 1). — L. 16, § 3 de pignor. (20, 1). L. ult. D. de fidej. (46, 1).

[9] L. 68, de R. V. (6, 1) — si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, i. e. quanti adversarii interfuit, condemnandus est. L. 2, § 1, de in lit. jur. (12, 3).

[10] Glück, Comm. t. 8, p. 227. Ribbentrop, p. 8. Keller, p. 215. La L. 3, § 2, D. de reb. cor. (27, 9) présente une difficulté sur la question de savoir si le demandeur peut exiger la restitution. Mais la difficulté cesse, si l'on suppose que cette loi s'occupe du cas où la restitution n'est pas possible. — Les L. ult. D. de fidej. (46, 1), et L. 21, C. de R. V. (3, 32) prouvent qu'il y a lieu à la condamnation par cela seul que le défendeur refuse de restituer. — Au reste, le juge ne pouvait ordonner aucune contrainte personnelle, Ribbentrop, p. 28.

[11] Cic. l. c. : « non necesse erit L. *Octavio judici cogere* P. Servilium Qu. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum, quem non oporteat?» L. 68, D. de R. V. Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari *officio judicis* ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. L. 58 eod. — Non oportere *judicem* cogere, ut eum (servum) traderet, nisi et satisdatum esset. L. 9 eod. officium autem judicis in hac actione (in) hoc erit, ut *judex* inspiciat, an reus possideat, nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat : ubi enim probavi rem meam esse, *necesse habebit possessor restituere*, etc. L. 57, D. de her. pet. (5, 3). — Il est vrai que A. Faber, Conj. XVI, c. 17-20, de err. pragm.

revendique une hérédité, de même qu'une chose corporelle, par la formule pétitoire, avec un *jussus* et une condamnation pécuniaire pour le cas de non-restitution [12], quoiqu'on le puisse aussi au moyen de la *sponsio*, comme nous l'avons dit au § précédent. Il en est de même des servitudes; on peut les réclamer par une *sponsio*, ou bien par une formule pétitoire avec une *intentio « si paret hoc jus (eundi ambulandi) ejus esse*, » dont la conséquence doit être la prestation de la servitude elle-même, ou une garantie par caution [13]. — Le demandeur pouvait, à son choix, recourir à la *sponsio* ou à la formule pétitoire; mais la voie de la première devint de plus en plus rare, et certainement, pour les actions réelles prétoriennes, on ne pouvait appliquer que la formule pétitoire [14]. Il est même probable que pour la *pignoris vindicatio* on ne pouvait recourir qu'à la formule pétitoire (arbitraire) [15], comme pour l'action hypothécaire [16]. Cette dernière, Servienne et quasi

Dec. 18, err. 5-7, nie tout cela et prétend que spécialement tout ce qui se trouve à la L. 68 cit. est une interpolation de Tribonien. Mais voyez contra Huber, Eunomia rom. ad L. 68, de R. V. p. 311. Bynkerschoek, Obs. III, 14. Ce dernier est cependant encore embarrassé par ces mots : *manu militari*. Mais il ne faut pas croire que par cette expression il faille entendre un pouvoir militaire; ce que ne pouvait pas penser Justinien, V. L. 1, C. de off. mil. jud. (1, 46); mais le ministère de ces officiers qui étaient toujours à la disposition aussi des magistrats. Voy. L. 3, pr. D. ne vis fiat ei (43, 4). L. 2, C. si mancip. ita ven. (4, 56). Conf. L. 1, § 2, D. si ventris nom. (25, 5). Ce n'était qu'après que le juge avait accompli le dernier acte de ses fonctions, par conséquent après la condamnation, que recommençaient celles du magistrat, comme nous le verrons plus loin. Conf. J. Gothof. ad L. un. C. Th. de off. jud. milit. — Ribbentrop, p. 4, p. 14-18.

[12] L. 3, 10, 57, D. de her. pet. (5, 3). Conf. avec § 2, J. de off. jud. L. 9, pr. L. 15, D. de except. rei jud. (44, 2).

[13] L. 4, § 4. L. 7, 9, D. si serv. vind. (8, 5). Vat. fr. § 92.

[14] Le motif pour lequel, dans le § 31, J. de act. la pétition d'hérédité et la revendication des servitudes, ainsi que les interdits, ne figurent pas parmi les actions arbitraires, est évidemment que ces actions n'étaient pas exercées autrefois exclusivement par la formule pétitoire.

[15] Sur la formule pétitoire, voyez L. 16, § 3, de pign. (20, 1).

[16] Voyez aussi L. 21, § 3, de pignorib. Ribbentrop, p. 41.

Servienne, était conçue *in factum* [17], et se distinguait, sous ce rapport, des autres actions réelles prétoriennes, qui étaient des actions feintes, et par conséquent conçues *in jus* (v. § 54) : ce sont les actions Publicienne, rescisoire et Paulienne [18]. D'autres actions réelles utiles, celles accordées à l'emphytéote et au superficiaire, n'étaient pas feintes, et étaient conçues *in factum*. Quant à l'action réelle appelée *liberale judicium*, nous nous en occuperons dans le paragraphe suivant.

§ LXVI. — *De la possession dans les actions réelles. — Du liberale judicium.*

Lorsque l'action réelle est intentée par la formule pétitoire, la seule condition de laquelle dépend la sentence à rendre [1] est, de la part du défendeur, la possession de l'objet litigieux, lequel doit être précisé [2] comme dans l'action de la loi : cette condition, ne consistant qu'en un simple fait, n'a pas besoin par conséquent de figurer dans l'*intentio* : ce que nous venons d'énoncer reçoit toutefois exception pour les actions négatoire et confessoire [3]. Si la question de possession est controversée entre les parties, en ce sens que chacune

[17] Son *intentio* exprimait le fait de l'hypothèque, et non l'existence d'un droit hypothécaire, L. 1, C. si pign. conv. (8, 33). Ribbentrop, p. 41. Keller, p. 217.

[18] § 3-7, J. de act.

[1] Si le défendeur prétend qu'il ne possède pas, il faudra que le demandeur prouve le fait de cette possession. Si ce dernier avoue devant le magistrat que son adversaire ne possède pas, on ne lui accorde pas d'action. Si, depuis la *litis contestatio*, le défendeur perd la possession sans sa faute, il doit être absous, à moins que, suivant les circonstances, il ne doive être considéré comme *fictus possessor*, conf. supra § 65, notes 8 et 9, avec L. 58, D. de R. V. Il est aussi condamné, quoique ne possédant pas, lorsqu'il fait croire qu'il possède (*liti se obtulit*), L. 27 pr. eod. « omni modo condemnandus est : » v. aussi L. 25 eod. Il n'y a pas alors d'*arbitrium de restituendo*.

[2] L. 6, D. de R. V. (6, 1).

[3] Voyez M. Ducaurroy, l. c. n° 1184, et M. Pellat, Droit de propriété et usufruit, p. 86.

d'elles prétende posséder, cette controverse ne peut pas faire partie de la procédure en revendication, comme sous le système des actions de la loi; il faut avant tout la vider par la procédure préliminaire de l'interdit *retinendæ possessionis* (v. § 73 et 74). Mais si, le défendeur à l'action en revendication soutenant ne point posséder, le demandeur insiste pour que le préteur lui accorde la formule et parvient à démontrer le fait de la possession de son adversaire, le magistrat lui fait transmettre la possession, et met par conséquent celui qui auparavant était possesseur dans la nécessité de provoquer lui-même la revendication, et de jouer ainsi le rôle de demandeur [4]. Les rôles sont changés de la même manière, en vertu de l'autorité du magistrat, lorsque, le défendeur refusant de fournir la caution *judicatum solvi*, le demandeur offre de la donner à son adversaire. Ce principe a été emprunté à l'action de la loi; il était tout naturel qu'il s'appliquât à la revendication *per sponsionem :* il a été ensuite consacré par l'édit prétorien, et c'est par ce moyen probablement qu'il est devenu général, que par conséquent il a été admis pour la revendication *per formulam petitoriam*, pour la revendication de l'hérédité comme pour celle des choses singulières, et enfin pour les actions relatives aux servitudes [5]. Celui qui a fourni

[4] L. ult. D. de R. V. v. infra, § 85. (Le mot *judicem* de la L. ult. cit. est une interpolation ; il faut lire *magistratum* ou *prætorem*. — Zimmern, au moment où il écrivait ce paragraphe, ne savait pas probablement par quel moyen se faisait la translation de cette possession du défendeur au demandeur, tant dans ce cas-ci que dans le cas suivant du texte. D'après un fragment d'Ulpien nouvellement découvert à Vienne, lorsque le défendeur refusait de donner la caution *judicatum solvi*, ou lorsqu'il prétendait ne pas posséder, et que le contraire était prouvé, le demandeur obtenait du magistrat l'interdit *quem fundum*, par lequel il était ordonné au possesseur de transférer la possession à son adversaire. Cette forme de translation de possession a été fort bien signalée par M. Pellat, dans son livre classique De la propriété et de l'usufruit, p. 33. Paris, 1837, Alex Gobelet, aujourd'hui Thorel. Quant aux fragments eux-mêmes, ils se trouvent dans le t. 2, p. 26, des textes juridiques publiés par MM. Blondeau et Bonjean. Paris, 1838, Videcoq et Joubert. (E).

[5] L. un. C. uti possid. (8, 6)—satisdationis vel transferendæ possessionis

la caution est *domini loco*, car son adversaire est garanti même de toute détérioration [6].

Le litige relatif à la liberté offre à cet égard quelque chose de particulier [7]. Il paraît certain que, sous le système formulaire comme jadis, c'était une véritable revendication [8] : mais il n'est guère possible de supposer qu'un tel litige se soit produit par la *formula petitoria ;* car à quoi se serait appliqué le *jussus* que le juge aurait dû y prononcer avant de condamner? Il n'était donc susceptible que de la procédure *per sponsionem ;* c'était dans la condamnation à la somme de la *sponsio* que se trouvait implicitement décidée la question d'esclavage si l'homme avait été revendiqué *in servitutem*, ou la question de liberté s'il avait été revendiqué *in libertatem*. Si dans le cas de la *vindicatio in servitutem*, le défendeur était absous, cette absolution n'impliquait pas la conséquence

Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscii. Paul. I, 11, § 1. L. 6, § ult. D. de Carb. (37, 10). L. 15, D. de O. N. N. (39, 1).

[6] L. 5, pr. D. de her. pet. (5, 3). L. 15, § ult. D. de quæst. (48, 18).

[7] Tit. de liberali causa, Paul. V, 1, D. 40, 12. C. 7, 16. C. Th. 4, 8.

[8] Ce qui le prouve, ce n'est pas ce passage de la L. 32, D. h. t. ex servitute aut libertinitate *vindicati :* « en effet, le mot *vindicare* ici a le sens général de *faire valoir un droit.* Cela est d'autant plus évident, que lorsqu'on était dans la position d'un affranchi, on recouvrait sa qualité d'ingénu par une action préjudicielle, et non par une vraie revendication, voy. infra, § 69. Quant à la liberté, si elle n'avait pu être réclamée que par le *præjudicium*, Gaius n'aurait pas manqué, IV, 44, de signaler en première ligne cet exemple de *præjudicium.* Or on lit seulement : « qua quæritur aliquis *libertus* sit ; » ce n'est qu'au § 13, J. de act. que nous trouvons : « an aliquis *liber* vel libertus sit, » avec cette remarque que « fere una illa (præjudicialis actio) *legitimam* causam habet, per quam quæritur *an aliquis liber sit*, » et que les autres actions préjudicielles sont d'origine prétorienne. Il paraîtrait, d'après cela, que ce ne fut qu'en dernier lieu que la *vindicatio libertatis* devint une action préjudicielle. Quant à la *vindicatio in servitutem*, véritable action en revendication tendant à la propriété (si paret hunc hominem meum esse), elle ne le devint jamais. Au reste, l'ancienne littérature, qui n'avait de l'action préjudicielle qu'une idée confuse, et ignorait entièrement la différence entre l'action de la loi et la formule, ne peut nous être évidemment d'aucun secours à ce sujet. »

que l'homme litigieux était libre, mais seulement qu'il n'était pas l'esclave de celui qui l'avait réclamé comme sien [9] : pour que cette absolution impliquât en même temps que cet homme était libre, il aurait fallu que la défense eût porté sur la liberté et que la preuve en eût été faite [10] : tandis que si, dans le cas de *vindicatio in libertatem*, le défendeur était absous, il était décidé que l'homme réclamé était esclave. — Le même résultat fut obtenu en partie, et d'une manière plus simple, par l'action préjudicielle qui, à ce qu'il paraît, prit la place de la *sponsio* tombée en désuétude. — Dans le *liberale judicium* il n'y avait pas non plus de *contra vindicare*, et le fait que l'homme en litige était traité comme esclave au moment où le procès s'engageait, ou qu'il était *in possessione libertatis sine dolo malo* [11], déterminait le rôle de chaque partie [12]. Si ce fait était douteux, on ne recourait pas à un interdit pour l'éclaircir, comme dans la revendication proprement dite ; mais, de même que dans l'action de la loi, le magistrat décidait qui jouerait le rôle de défendeur, qui, le rôle de demandeur (au moment même où les cautions devaient être fournies [13]) ; cela s'appelait *litem ordinare*, ou *præparare :* le magistrat, par cette distribution des rôles, déterminait qui serait chargé de la preuve, qui en serait dispensé, s'il y aurait par conséquent un *petere ex libertate in servitutem*, ou un *petere ex servitute in libertatem* [14]. Au reste il n'était pas né-

[9] L. 27, § 1, D. h. t. L. 31. C. h. t. la L. 4. C. eod. n'a pas un sens plus étendu. Conf. L. 27, C. eod.

[10] Arg. L. 14, D. de probat. (22, 3).

[11] « Edicto perpetuo cavetur » (L. 21, C. h. t.) que celui qui est dans la position d'un homme libre par dol, soit considéré comme étant *in servitute constitutus.*

[12] L. 7, § ult. L. 10, 11, 12 pr. — § 4 D. h. t. L. 15, C. de prob. (4, 19). L. 5, C. h. t.

[13] L. 39, § 5, D. de proc. (3, 3).

[14] L. 7, § ult. D. h. t. Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet : si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit judicium *ordinem accipere*, ante apud eum qui de

cessaire qu'un décret fermel fût rendu à ce sujet ; car la conception de la formule indiquait d'elle-même les rôles. Une fois que les rôles des parties étaient fixés [15], on appliquait en tous cas l'ancien principe, qui voulait que celui dont l'état était contesté jouît de la liberté intérimairement [16] ; il était, pendant le procès, libre de fait quoiqu'il pût se faire qu'il fût obligé de prouver sa liberté.

Lorsque une personne libre avait été poursuivie par un citoyen comme si elle était esclave, elle pouvait, après avoir triomphé de cette prétention, exercer une action *in factum* contre ce dernier pour se faire indemniser des dommages qu'il lui avait causés par dol, sans préjudice des autres actions pour les dommages causés par faute [17].

La *vindicatio in servitutem*, dans le cas d'échec, ne pouvait être exercée une seconde fois [18], tandis que la *vindicatio in libertatem* pouvait l'être sur de nouveaux motifs [19]. Le principe qu'on ne pouvait pas réclamer soi-même son état,

libertate cogniturus est, disceptatur utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur? L. 21, C. h. t. et note 16.

[15] Le doute qui se trouve énoncé dans Aurel. Victor, c. 3, § 5, ed. Mai. doit se référer au cas où le *judicium* n'était pas encore *ordinatum*. Voy. Cujas Obs. XVIII, 23.

[16] L. 25, § 2, D. h. t. Licet vulgo dicatur : *post ordinatum liberale judicium hominem cujus de statu controversia est, liberi loco esse :* tamen, si servus sit, nihilominus eum, quod ei tradatur vel stipuletur perinde domino acquirere, atque si non de libertate ejus quærebatur : tantum de possessione videbimus, *cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere.* Sed, etc. L. 20 ; D. eod. L. 14, C. h. t. L. 1, C. qui dare tut. (5, 34). La fiction de sa liberté pendant le litige était si forte, qu'il pouvait actionner son maître et être actionné par lui, L. 24 pr. § 1, 3, D. h. t. et qu'il pouvait actionner des tiers, L. 24, cit. § 2, 4, « ceterum ex eventu judicii liberalis aut utilis aut inanis actio efficietur. »

[17] L. 12, f. L. 13, pr. § 1. L. 41, § 1. D. h. t.

[18] L. 4, 27, C. h. t.

[19] L. 25, § 1, D. h. t. Martial. Ep. I, 53. Arg. L. 1, pr. C. de assert. toll. (7, 17) et supra, § 15, note 13. Noordkerk de lege Petronia, p. 46 sq. p. 56 sq.

qu'il fallait pour cela un *assertor*, n'a été supprimé que par Justinien [20], et c'est pour cette raison que dans les compilations de cet empereur, il n'est plus fait mention de l'*assertor*. Toutefois nous y trouvons encore, dans des extraits des commentaires sur l'édit [21], que ceux qui ont intérêt à ce que quelqu'un soit libre et non esclave, comme le père de famille relativement à un fils [22], le patron relativement à son affranchi, peuvent, en vertu d'un droit résultant de leur puissance, ou même seulement de leurs rapports de parenté, soulever la question de liberté et la faire vider même malgré celui qui en est l'objet.

§ LXVII. — *Des formules arbitraires* [1].

Est arbitraire l'action qui a une formule arbitraire; elle se distingue des autres par la forme de la partie de la formule appelée *condemnatio*. Ici le juge a la mission [2], avant de prononcer la sentence définitive qui doit tendre, comme toujours, à une sommo d'argent, de donner l'ordre au défendeur de satisfaire le demandeur (*jussus de restituendo* ou *de exhibendo*) [3].

[20] Paul. sent. v, 1, § 5, et d'autres passages dans Brisson, v. *adserere* et *adsertor*. — L. 1, C. de assert. toll. v. infra, § 162.

[21] L. 1. — L. 6, D. h. t.

[22] Suet. Vesp. C. 3 : « — sed mox ingenuam et civem romanam, recuperatorio judicio, pronuntiatam, *patre asserente*.

[1] Matth. Magnus, lib. I. Rationum et differentiar. jur. civ. dans Meermann Th. t. III, p. 265-292. — Ed. Gans Obligationenrecht, p. 160-165. — — Heffter, Obs. XVI. — Ribbentrop, Diss. cit. § 2-4, et Keller, p. 169-172, p. 213-220.

[2] Arbitrium commissum, L. 3, § 13, D. ad exhib. (10, 4).

[3] Gaius, IV, 163, — accipit formulam, quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. — Le § 31, J. définit les actions arbitraires « ex arbitrio judicis pendentes, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciat ; veluti rem restituat, vel exhibeat, etc. condemnari debeat. Sed istæ actiones *tam in rem* quam in personam inveniuntur. » Or nous avons déjà vu ce que c'est que la formule arbitraire, § 65, supra. En outre, dans la L. 68, D. de R. V. après l'énoncé des effets du *jussus* qui doit précéder la condamnation, dans la revendication des

Le *jussus* n'est prononcé par le juge qu'après qu'il a vérifié le

choses corporelles, on trouve ce passage : « Hæc sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. » — Quant à l'action *de dolo*, qui est arbitraire comme l'action *quod metus causa*, § 31, J. cit. la L. 18, pr. D. de dolo (4, 3), s'exprime ainsi : « Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti rem condemnari, quanti actor in litem juraverit. » Quant à l'action *quod metus causa*, v. la L. 14, § 3 f. § 4, D. quod metus causa (4, 2) : — non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Hæc autem actio, *cum arbitraria sit*, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem — rei facere. — Pour le *jussus exhibendi*, voyez L. 3, § 13, D. ad exh. (10, 4) : quant à la manière dont l'exhibition devait avoir lieu, voy. L. 9, §§ 5-8. L. 10, 11, pr. § 1, D. eod. § 3, J. de off. jud. Et enfin, quant à ce passage de Justinien (§ 31, J. cit.) « arbitrio judicis — *vel solvat*, *vel ex noxali causa servum dedat*, » le *vel solvat* suppose toujours qu'il y a une appréciation à faire par le juge de ce qu'il faut payer au demandeur pour le satisfaire; son *arbitrium* ne consistait certes pas seulement à donner au défendeur le choix entre payer une somme déterminée, indiquée déjà dans la formule, et faire l'abandon noxal; il n'y aurait, en effet, rien là qui pût occuper l'*arbitrium* du juge. D'un autre côté, il ne faut pas conclure de ces mots : « *vel ex noxali causa servum dedat*, » que toutes les actions noxales étaient arbitraires, et que le *jussus*, qui précédait la condamnation au montant du dommage, portait seulement sur l'abandon noxal; car voyez *supra*, § 57 in fine. L'action noxale n'était arbitraire que quand l'action directe elle-même était arbitraire : par exemple, si l'on poursuivait le maître pour le dol commis ou la crainte inspirée par l'esclave. L'*arbitrium* du juge consistait à apprécier le dommage et à ordonner au défendeur de le réparer, s'il n'aimait mieux abandonner l'esclave en noxe; et s'il n'obéissait pas à ce *jussus*, il était condamné, toujours avec la faculté de se libérer de la condamnation par l'abandon noxal. (Cette explication de Zimmern n'est pas nouvelle; elle est donnée par Vinnius, ad § 31, J. de act. n° 6. M. Ducaurroy, n° 1291, note 1, pense au contraire que l'action noxale est arbitraire dans tous les cas, et que ce n'est pas seulement dans les deux cas de l'action de dol, et de l'action *quod metus causa*. Il fonde son opinion sur ce que l'action de la loi Aquilia, qui par elle-même n'est pas arbitraire, devient cependant arbitraire lorsqu'elle est donnée contre le maître pour le dommage causé par l'esclave. Il cite, à ce sujet, L. 19, 14, § 1, D. E.)

point litigieux [4]; ainsi, lorsqu'il est rendu, il n'y a plus, pour arriver à la sentence, qu'à estimer l'indemnité due au demandeur pour défaut de satisfaction; suivant les circonstances, cette estimation se combine avec le serment du demandeur. Mais si le défendeur exécute le *jussus*, il doit être absous, au moins en ce qui concerne le principal; les accessoires seuls pourraient encore motiver une condamnation [5]. Lorsque l'exhibition ou la restitution est devenue impossible, le juge ne doit pas prononcer de *jussus*, il doit immédiatement condamner ou absoudre; et si cette impossibilité existait déjà avant la *litis contestatio*, évidemment la formule que donnait le magistrat ne pouvait être arbitraire, le juge ne pouvait recevoir mission que de condamner [6] *quanti ea res est*, ou d'absoudre [7]. Cela posé, il nous reste deux questions à résoudre: 1° le *jussus* était-il susceptible d'exécution forcée, et comment? 2° quelles sont les actions qui sont arbitraires, et quel est chez elles l'objet de la condamnation?

Nous avons déjà résolu la première question en ce qui concerne les actions réelles au § 65. La solution que nous avons donnée doit s'étendre à tous les cas où il y a *jussus de restituendo* [8], et de cette manière nous maintiendrons le prin-

[4] Cela va de soi; en effet, le *jussus* n'aurait aucun sens avant la vérification; et d'ailleurs l'on ne pourrait pas parler d'un tel ordre, comme pouvant être mis à exécution *manu militari*.

[5] Conf. Gaius, l. c. « et ita absolvitur, » § 27, J. de act. et ce que nous avons dit à ce sujet *supra*, § 65, L. 4, § 1, D. *de eo quod certo loco*, et L. 14, § 5 *quod metus causa*. — Les actions arbitraires appartiennent à cette classe d'actions dont la nature absolutoire paraît n'avoir été créée par aucun jurisconsulte, Gaius, IV, 114, avec Ribbentrop, p. 21, Keller, p. 183, note 11, voyez *infra*, § 121, n° 2.

[6] Il pourrait se faire, dans ce cas, qu'aucune action, soit *in rem*, soit *ad exhibendum*, ne fût donnée contre un tel défendeur, si, par exemple, il avait cessé de posséder sans aucune faute.

[7] L. 18, § 1, de dolo. On condamnait celui par le dol duquel la restitution était devenue impossible, ou celui qui, ne pouvant pas restituer, était cependant obligé de restituer, comme cela arrive dans l'action de dol, et dans l'action *quod metus causa* contre celui *qui vim admisit*, L. 14, § 5, *quod metus causa*. Voyez *supra*, notes 3 et 5, et § 65, notes 8 et 9.

[8] L. 68, f. D. de R. V.

cipe que toute condamnation doit être d'une somme d'argent [9]. Quant à l'*arbitrium de exhibendo*, au sujet duquel, sous le rapport du dol et de la condamnation pécuniaire, le principe est le même [10], rien ne prouve que l'exécution en ait été forcée; cela n'était pas nécessaire : en effet, l'exhibition par elle-même ne produisait aucun résultat immédiat; il suffisait donc que le défendeur fût condamné aux dommages-intérêts résultant de la non-exhibition. Il n'était pas non plus indispensable que le *jussus* fût exécuté, lorsqu'il n'avait pour but d'obtenir qu'une satisfaction indéterminée, comme dans l'action *de eo quod certo loco* [11]; car on ne pouvait réclamer la chose promise dans le lieu déterminé que par la *condictio certi* [12], et quand il devenait nécessaire de faire valoir cette réclamation dans un autre lieu, il fallait recourir à une autre action [13], c'est-à-dire, pour parler le langage des jurisconsultes romains, à une action utile [14]. Cette action utile se réalisait déjà du temps de Labéon [15] par une action arbitraire [16], avec une *intentio certa*, fondée sur une stipulation [17], un *mutuum* ou un legs *per damnationem* [18] (*de eo... quod dari*

[9] Voy. aussi Keller, p. 216, not.

[10] L. 11, pr. D. ad exhib. L. 2, de in lit. jur. (12, 3).

[11] D. de eo quod certo loco dari oportet (13, 4). C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit (3, 18), § 33, J. de act. — Gans, §§ 70-75. Hollweg Vers. p. 36-45.

[12] La stipulation *Ephesi dare spondes?* est évidemment *certa*; car elle ne peut donner par elle-même qu'une action à Ephèse. Or alors il y a *condictio certi* seulement. Si l'on attaquait le défendeur ailleurs qu'à Ephèse, il fallait bien une *intentio incerta*, puisque le juge devait, dans cette seconde hypothèse, prendre en considération la différence de la valeur due d'après les localités. Or une action *incerti* ne pouvait pas naitre d'une *obligatio certa*. Voy. Hollweg, p. 42, note 95.

[13] Gans a fait remarquer le premier que l'action *de eo quod certo loco* n'est pas une condiction. Depuis lui, tout le monde a été de cet avis.

[14] L. 1, D. h. t. § 33, J. cit. Aussi figure-t-elle dans le Digeste après les condictions.

[15] L. 2, § 8, D. h. t. (13, 4).

[16] L. 2, pr. § 8. L. 3, 4, § 1. L. 5, D. h. t. § 31, J. cit.

[17] C'est le cas le plus ordinaire. L. 1, D. Rubr. C. h. t.

[18] L. 5, 6, D. (13, 4).

oportet); mais avec une *condemnatio* qui indiquait que la satisfaction du demandeur devait être réglée par l'*arbitrium* du juge : or, lorsque le juge était obligé de procéder à la condamnation, il devait prendre en considération la différence des lieux soit en faveur du créancier, soit en faveur du débiteur [19] : si, avant cette condamnation, le défendeur satisfaisait le demandeur d'une manière qui parût suffisante au juge, même, suivant les cas, en donnant caution, le juge devait l'absoudre [20]. La formule de cette action pouvait être ainsi conçue : *judex esto : si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum Ephesi dare oportere*, neque eo nomine Aulo Agerio a *Numerio Negidio satisfactum erit*, *quanti ea res erit, judex condemna* [21]. — Si la cause de l'action permettait une formule *incerta*, donnait lieu à une action de bonne foi [22] ou à une *condictio incerti* [23], il n'y avait pas d'action arbitraire possible, on intentait cette action elle-même.

La seconde question sera résolue dans le paragraphe suivant.

[19] L. 2, pr. § 8. L. 3, D. eod. § 33, J. de act.

[20] L. 4, § 1, D. eod.

[21] Il y a longtemps qu'on avait remarqué que l'action *de eo quod certo loco* présentait une particularité qui la distingue des autres actions arbitraires; mais on en avait conclu à tort qu'il y avait deux sortes d'actions arbitraires, qu'il y en avait où le *jussus* ne précédait pas la condamnation. Vinnius, l. c. n° 2, et plusieurs auteurs sont de cette opinion. Mais elle est en contradiction avec le § 31, J. cit., et empêcherait de placer les actions arbitraires en général dans une catégorie. Aussi Gans, p. 163, et Heffter ad Gaium, p. 84, soutiennent-ils que les actions arbitraires ne forment pas une classe distincte des autres actions, mais seulement une subdivision des actions qui doivent être appréciées d'après l'équité. Cette opinion erronée serait toujours moins mauvaise que celle de Tigerstrœm, qui pense que l'expression d'action arbitraire n'a qu'un sens négatif, qu'elle indique toutes les actions qui ne rentrent pas dans les deux catégories d'actions de droit strict et d'actions de bonne foi.

[22] L. 7, pr. D. h. t. Arg. L. 16, § 1, D. de pec. const. (13, 5).

[23] L. 43, D. de jud. C'est dans ce sens qu'il faut entendre L. 22, C. de R. V. (3, 22), L. 4, D. de cond. trit. (13, 3). Hollweg, p. 45, note 105.

§ LXVIII. — *Continuation.* — *Des diverses actions arbitraires.*

Sont arbitraires : 1° l'action *in rem* intentée avec la formule pétitoire (§ 65) ; 2° les interdits exhibitoires et restitutoires, lorsqu'on ne recourt pas à la procédure de la *sponsio* (*v.* § 71); 3° l'action *de eo quod certo loco* (*v.* § précédent) ; 4° d'autres actions personnelles ; mais lesquelles ?

Ce ne sont pas certainement les condictions, ni celles qui sont appelées de bonne foi ; car les actions arbitraires se trouvent classées comme formant une troisième division distincte des précédentes ; et il n'y a qu'un seul cas où à une *intentio si paret dare oportere* est ajoutée une condamnation arbitraire ; or même alors ce n'est pas une condiction modifiée, mais une action toute autre [1]. Parmi les actions per-

[1] V. § 67 in fine. Quant aux actions de droit strict, ce qui prouve encore qu'elles ne peuvent être arbitraires, c'est que les Proculéiens niaient qu'elles fussent absolutoires (v. § 121, note 11) ; or ils n'auraient pu le nier avec une vraisemblance de raison quelconque, si elles avaient pu être arbitraires, Ribbentrop, p. 22. D'un autre côté, il ne faut pas croire que toutes les actions que les Proculéiens admettaient comme absolutoires, étaient arbitraires. C'est ce que Vinnius, l. c. n° 1, fait fort bien remarquer, contrairement à l'opinion de ceux qui regardaient les actions arbitraires comme une subdivision des actions de droit strict. Dans les temps modernes, au contraire, on a voulu les regarder comme étant une espèce parmi les actions de bonne foi (Mühlenbruch, Heidelb. Jahrb. de 1821, p. 49), par ce motif que Cicéron ne distingue les actions qu'en *arbitria* et *judicia*, et que, dans les actions de bonne foi, le juge est appelé *arbiter* (conf. § 60, *supra*). Mais Cicéron n'entendait pas, dans sa division, comprendre toutes les actions. Une distinction, qui ne repose que sur la différence de l'*intentio*, ne peut se référer à une formule qui n'est caractérisée que par la *condemnatio*, qu'autant que cette *condemnatio* elle-même est le résultat de l'*intentio*. Or dans les actions arbitraires, qui ne sont conçues que *in rem* ou *in factum*, qui, par conséquent, par cela seul diffèrent des actions de droit strict et de bonne foi, et même dans l'action arbitraire *de eo quod certo loco*, la différence tient positivement à autre chose qu'à l'*intentio* ; elle tient à la *condemnatio* toute seule, et abstraction faite de l'*intentio*. En outre, l'*arbitrium* accordé au juge de l'action arbitraire est tout à fait différent de l'*arbitrium* des actions de bonne foi. Dans les actions arbitraires, les exceptions sont néces-

sonnelles, il n'y a donc que les actions *in factum* auxquelles on puisse appliquer la formule arbitraire, ce qui arrive et ne peut être autrement pour les actions prétoriennes *de dolo* et *quod metus causa* (§ 66). C'est de la même manière que des actions, que nous connaissons comme étant de bonne foi, paraissent avoir pu devenir arbitraires, nommément celles de dépôt [2] et de commodat [3]; c'est précisément dans ces deux mêmes cas qu'on a pu, au lieu de l'action *in jus*, recourir à l'action *in factum*. Cette dernière particularité servirait donc encore à expliquer que ces deux actions de droit civil ont pu apparaître sous la forme d'actions *in factum* (§ 54) [4]. On peut concevoir, en effet, que le demandeur, toutes les fois qu'il avait droit à une exhibition, ait pu demander une formule arbitraire; pour cela il obtenait une action *ad exhibendum*, qui nécessairement était *in factum*; il pouvait également se faire accorder une action arbitraire lorsqu'il avait droit à la restitution, par exemple, d'une possession, ou lorsqu'il était autorisé à faire disparaître des travaux qui lui nuisaient, comme dans l'action *aquæ pluviæ arcendæ* [5]. Sous ce rapport les actions de bonne foi de dépôt et de commodat, et peut-être l'action *locati*, pouvaient devenir arbitraires. En outre lorsque, pour la restitution d'une chose, on pouvait invoquer l'action de dol [6], ou l'action *quod metus causa*, on avait le

raires, v. L. 3, § 13, D. ad exhib.; et, en outre, il n'est pas indispensable que le juge prenne en considération les réclamations contraires du défendeur. Le juge, ici, ne doit qu'estimer comme arbitre; il ne doit se référer à l'équité que pour savoir si l'adversaire a suffisamment satisfait, afin de pouvoir l'absoudre, l. 4, D. de eo quod certo loco. § 31 f. J. cit.

[2] L. 1, § 21, D. dep. (16, 3).

[3] Keller, p. 171.

[4] Ibid. p. 358, note 3.

[5] L. 6, § 6, 8, D. de aqua (39, 3), conf. avec L. 24, § 1, D. eod. L. 28 init. D. de prob. (22, 3).

[6] Il n'en était pas toujours ainsi, voy. L. 18, § 1, D. de dolo. « *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est*; quid enim si manifestum sit, restitui non posse? Veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit. Ideoque *protinus condemnari debeat* in id quod intersit actoris. »

droit nécessairement d'avoir une action arbitraire. Toutes deux sont pénales, la première est infamante [7], et la seconde tend au quadruple; mais l'infamie ou le quadruple pouvait être évité en restituant de manière à empêcher l'application de la condamnation [8]. Cette circonstance que, dans ces actions, la condamnation était supérieure au dommage souffert, ne tient pas à l'essence de l'action arbitraire; car il y a beaucoup d'actions arbitraires qui ne sont pas pénales, et réciproquement il y a des actions pénales qui ne sont pas arbitraires. Seulement lorsque la résistance (*contumacia*) du défendeur est dolosive, ou lorsque c'est par son dol ou sa *culpa lata* que l'obéissance à l'ordre du juge est devenue impossible, l'indemnité est déterminée par le demandeur avec serment, toutefois dans les limites résultant de la *taxatio* du juge [9]. Enfin il paraît que le *jussus* peut avoir pour objet la tradition ou la mancipation, c'est-à-dire, que l'action *emti* peut être formulée, dans ce but, comme action arbitraire : ce n'est, en effet, qu'en le supposant, qu'on peut expliquer les passages qui indiquent que l'acheteur pouvait arriver à contraindre le vendeur de lui faire la tradition ou la mancipation [10]; ce qui, cependant encore, n'était qu'un moyen indirect d'y parvenir [11].

Nous ne pouvons omettre, dans l'énumération des actions arbitraires, l'action *finium regundorum*, dont il a été question plus haut à l'occasion de l'action de la loi *per judicis postulationem*, et qui devait avoir sa formule dans le second système de procédure aussi bien que sous le premier. Or cette

[7] L. 11, § 1, D. de dolo. L. 4, § 16, de doli exc. (44, 4). Voy. *infra*, § 180.

[8] L. 14, § 3, f. quod met. — « Non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. »

[9] V. *supra*, § 57, notes 8 et 9, et *infra*, § 135.

[10] Paul. I, 13 a, § 4, — venditor cogi potest, ut tradat vel mancipet. Gaius, IV, 130, — si — ex emto agamus, *ut nobis fundus mancipio detur*, etc., ou *de vacua possessione tradenda* — actio — Ribbentrop, qui, p. 30, a adopté une autre opinion, n'a pas fait attention à ces passages.

[11] Stahl, p. 46.

formule est arbitraire, quoiqu'il puisse arriver que le juge n'ait pas en définitive de *jussus* à prononcer. Le juge doit, en effet, examiner d'abord s'il est nécessaire de rétablir les limites [12] au moyen des *mensores*, et alors, lorsque ces limites ont été rétablies, il ordonne à qui de droit de faire la restitution comme dans l'action en revendication. Il peut se faire aussi que son *jussus* soit nécessaire pour faire abattre des arbres ou des constructions; ce ne sera qu'ensuite qu'il arrivera à la condamnation [13]; et, s'il y arrive, il estimera *id quod interest*, en comprenant aussi dans son estimation les revenus [14]. Si le juge ne peut rétablir les anciennes limites, il a, en vertu de la même formule qui lui donne aussi le pouvoir d'adjuger [15], le droit d'attribuer la propriété à chacun jusqu'aux limites nouvelles fixées par lui; mais alors il n'y a plus d'*arbitrium* [16]; l'action perd son caractère d'action arbitraire, puisqu'elle ne tend plus à une condamnation. Il pourrait toutefois se faire que, dans l'action *finium regundorum*, le juge eût à adjuger et à condamner.

§ LXIX. — *Des actions préjudicielles* [1].

Au paragraphe 53 nous avons expliqué ce qu'est l'action préjudicielle, et au paragraphe 66, note 8, nous avons vu qu'elle doit son origine au droit prétorien : elle tend, comme l'action *in rem*, à une constatation judiciaire; mais, 1° elle ne tend pas, comme dans l'action *in rem*, à la constatation d'un droit absolu, ou d'un fait produisant un droit absolu, comme dans l'action hypothécaire; elle doit amener la constatation d'un *status* [2]

[12] L. 2, § 1; L. 8, § 1, D. fin. reg. (10, 1).

[13] L. 4, § 3, eod. Sed et si quis judici non pareat in succidenda arbore vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur.

[14] L. 4 pr. § 1, D. eod.

[15] L. 2, § 1, D. eod.

[16] L. 2, § 1; L. 3 D. eod.

[1] Voy. § 53, note 6, *supra*. Duroi, dans les Arch. f. civ. Pr. IV, 3, p. 405. Hugo, 10e édit. p. 585.

[2] Les *prœjudicia* ne sont pas restreints aux seules questions d'état;

dans le sens de *conditio personarum*, d'un droit sur une personne, ou enfin d'un fait déterminant les rapports subjectifs d'une personne; 2° dans les actions réelles proprement dites, la constatation du droit doit en outre conduire immédiatement à une condamnation, de telle sorte qu'au litige sur le droit absolu se lie étroitement une obligation personnelle de la part du possesseur; tandis que, dans l'action préjudicielle [3], dans le *præjudicium* entendu dans un sens étroit [4], la constatation du point litigieux reste isolée et sans condamnation, sauf ensuite à en tirer parti dans un autre litige [5], ou d'une autre manière. Ainsi la paternité une fois constatée par un *præjudicium*, on peut actionner pour obtenir des aliments; la qualité de patron ayant été vérifiée, l'action relative aux *operæ* peut être intentée; de même d'un *præjudicium* peut dépendre la question de savoir si une action est *famosa*, si une personne a le droit d'en appeler une autre devant le préteur sans une permission préalable, etc. [6].

Les actions préjudicielles sont donc *in rem*, non-seulement à cause de leur forme absolue, mais encore parce qu'elles

voyez Gaius, IV, 44, et le scholiaste des basiliques sur la L. 35, § 3, D. de proc. dans Meerman Th. t. V, p. 15.

[3] Le *præjudicium* proprement dit est distinct de l'action préjudicielle; voy. L. 35, § 2, D. de proc. (3, 3). L. 37 de O. et A. (44, 7).

[4] Par exemple, *præjudicio experiri*, L. 30 D. de reb. auct. jud. (42, 5). *Præjudicium postulare*, c'est-à-dire demander une action préjudicielle, comme toute autre action, Gaius, III, 123. L. 35, § 2, cit. Nous ne savons pas si la formule de cette action commençait par ces mots : *judex esto*, *præjudicio quærito*, *an* (Arg. Gai. l. c. Paul. V, 9, 1), ainsi que le croit Heffter ad Gai. p. 60. Elle aurait pu commencer ainsi : *judex esto*; *an*, etc.

[5] Il n'y a pas besoin, dans l'action préjudicielle, d'indiquer le but auquel on veut arriver ensuite, L. 6 D. si ingenuus (40, 14) : « ... sive nulla causa. » Quant à ce passage d'Aurelius Victor, ars. rhet. c. 2, § 5. « Simplex petitio, cum quæritur, in quo jure sit res aut persona, » Schrader (Krit. zeits. I, 2, p. 144, in fine) dit avec raison que c'est une action préjudicielle.

[6] L. 6 D. cit. L. 18 pr. D. de prob. (22, 3). L. 5, § 18, D. de agnosc. (25, 3).

ont un fondement qui, s'il n'est pas le même, est cependant semblable à celui des actions réelles proprement dites : c'est pourquoi Justinien a dit de ces actions : *præjudiciales actiones in rem esse videntur* [7]. Cette assimilation est d'autant plus rationnelle que plusieurs actions en revendication sont devenues des actions préjudicielles, telle est la *petitio libertatis* (§ 66, note 9), et peut-être aussi la prétention ayant pour but de faire valoir le droit de puissance paternelle. Dans les litiges relatifs au *status*, à la question d'ingénuité ou de libertinité [8], soit que le demandeur prétende au droit de patronage sur une autre personne, soit que celle-ci actionne pour établir qu'elle a le droit de ne point être traitée comme un affranchi [9], il est essentiel que le procès se soit engagé avec un *justus contradictor*, sans quoi il n'y aurait pas de *res judicata* [10]. Dans les actions préjudicielles le rôle de demandeur est aussi joué par celui à la demande duquel l'*intentio* a été formulée [11], et dans le litige relatif à la libertinité ou à l'ingénuité, c'est encore la possession antérieure au procès qui

[7] § 13 J. de act. C'est avec raison que Durol soutient que la division des actions en réelles et personnelles ne comprend pas les *præjudicia* (v. d'ailleurs *supra*, note 3), que Justinien est le premier qui ait employé une expression qui semble les comprendre; il a raison de dire que dans les actions préjudicielles ne se trouvent pas toutes les circonstances qui caractérisent les actions en revendication; mais en définissant l'action réelle « celle qui tend à une constatation indépendante d'une obligation, » les actions préjudicielles se trouveront comprises dans cette définition (voy. aussi § 59).

[8] Théoph. IV, 6, § 13. L. 8, § 1, D. de in jus voc. (2, 4), — si quis præjudicio pronuntietur esse libertus, et *supra*, note 6. Conf. aussi le procès entre le pantomime Paris et la fille de Néron, dont il est fait mention dans Tac. A. XIII, et L. 3, § 5, D. de cond. caus. dat. (12, 4), Cujac. Obs. XVIII, 23, fine.

[9] L. 2, § 1, D. si ingenuus esse dicatur (40, 14).

[10] L. 1. 5, D. eod. L. 3 D. de coll. deteg. (40, 16). (Il faut supposer que celui qui réclame son ingénuité a été affranchi, mais d'une servitude qui n'était qu'apparente. Il faut, en effet, qu'il la réclame de celui qui l'a affranchi, et non d'une autre personne. E.)

[11] L. 12 D. de exc. (44, 1). L. 6 D. si ingenuus.

détermine le rôle des parties. Quand le défendeur, sur la demande dirigée contre lui pour le réclamer comme affranchi, voulait en même temps établir qu'il était ingénu, et ne se contentait pas de nier la prétention du demandeur, il obtenait cet avantage que s'il gagnait son procès, il était proclamé ingénu; sans cela il aurait été seulement décidé qu'il n'était pas l'affranchi du demandeur [12], ce qui ne l'aurait pas empêché d'être l'affranchi d'un autre. Au reste, lorsqu'une personne voulait obtenir une action préjudicielle tendant seulement à faire constater qu'elle n'était pas l'affranchi de telle autre personne, cette action lui était aussi accordée [13].

Les textes nous offrent d'autres exemples d'actions préjudicielles, dont le but est de savoir *quanta dos sit* [14], *an res centum sest. major sit* [15], si l'on a averti les *sponsores* ou les *fidepromissores* comme le prescrit la loi [16], *an bona jure venierint* [17]

§ LXX. — *Des actions prétoriennes* (*in factum*).

Dans la division des actions, eu condictions, actions de bonne foi et arbitraires, ne peuvent pas s'encadrer les actions préjudicielles, ni les nombreuses actions *in factum*, dont quelques-unes seulement figurent parmi les actions arbitraires (*v.* §§ 59 et 67). Mais les principes du droit civil out plus ou moins servi de type aux actions prétoriennes; cela est vrai pour les actions utiles, et surtout pour les actions feintes; car ces dernières rentrent positivement dans la catégorie des actions civiles; cela est en outre vrai pour d'autres actions prétoriennes, dont les unes sont *certæ* et d'autres *incertæ* [1]. En effet, plusieurs actions prétoriennes sont traitées comme des

[12] L. 14 de prob. avec L. 6 f. D. si ing.
[13] L. 6 D. cit.
[14] Gaius, IV, 44, pour les rétentions, Dupont, p. 198.
[15] Paul. V, 9, § 1.
[16] Gaius, III, 123.
[17] L. 30 D. de reb. auct. jud. (42, 5).
[1] Gans, p. 159. Mühlenbruch, dans heid. Jahrb. 1821, p. 65.

actions de droit strict [2]. En première ligne se présente l'action de constitut dont l'*intentio* indique la somme promise, et dans laquelle se rencontre une *sponsio pœnalis*, comme dans l'action *certæ pecuniæ creditæ* [3]. Aussi se trouve-t-elle placée dans le Digeste à la suite des condictions, et immédiatement après l'action *de eo quod certo loco;* et l'on ne peut même expliquer qu'on puisse l'intenter dans un autre lieu que dans celui où il avait été promis de payer, que par l'analogie qu'elle avait avec cette dernière action [4]. L'action *jurisjurandi* a aussi une *intentio certa* ou *incerta*, suivant que l'objet du serment est un *certum* ou un *incertum*. Quant à l'action *judicati*, elle n'a jamais pour objet qu'une *pecunia certa* (§ 138). En outre, en vertu de plusieurs édits contenant des dispositions pénales, la demande peut tendre à une *certa pecunia*, qui est exprimée au moins dans la *condemnatio* (*v.* § 56, note 3).

L'édit porte aussi quelquefois que le défendeur doit être condamné *quanti ea res erit;* ici le juge a donc, à l'instar de celui des actions de bonne foi, un *officium* d'après lequel, avec ou sans *taxatio*, il doit estimer dans sa sagesse, en prenant pour guide l'édit et son interprétation; c'est encore sur le *bonum et æquum* qu'il s'appuie plus ou moins pour apprécier et juger [5]. Quelques-unes des actions prétoriennes se rattachent même positivement aux actions de bonne foi; telle est l'action *funeraria*, dans laquelle le juge ne se contente pas de faire un emprunt à l'action de gestion d'affaires, mais s'abandonne sans réserve à l'équité (*solutius æquitatem*) [6]. Il est vrai qu'une action prétorienne ne peut pas être formulée comme une véritable action de bonne foi [7]; mais, dans les cas

[2] Heffter, ad Gaium, p. 75.

[3] Gaius, IV, 171.

[4] L. 16, § 1, D. const. pec. (13, 5).

[5] L. 11, § 1, D. de inj. (47, 10). De là ce qui est dit aux LL. 16 et 18 pr. D. eod. L. 3 pr. de sep. viol. (47, 12). L. ult. de extr. cog. (50, 13). — L. 1 pr. L. 5, § 5 f. de his qui effud. (9, 3). L. 42 D. de Æd. Ed. (22, 1). § 1, J. si quadrup. (41, 9).

[6] L. 14, § 6, et 13 de relig. (11, 7).

[7] Car celle-ci est *in jus.*

où, pour éviter l'action de dol comme étant *famosa*, on recourait à une action *in factum*, dans laquelle on mentionnait non le dol, mais le manque de bonne foi [8], elle était probablement ainsi conçue : *si paret Numerium Negidium non ex bona fide fecisse* [9].

Les actions populaires sont aussi *in factum* [10].

ARTICLE III. — Des interdits [1].

§ LXXI. — *Introduction.*

Outre les actions, il y avait une autre forme [2], qui pouvait donner lieu à un *judicium* distinct de la procédure *in jure* [3] Le préteur, dans l'un des cas indiqués d'avance par les

[8] L. 11, § 1, de dolo. Voy. § 54, note 23.

[9] Heffter, p. 79. Il est impossible d'admettre avec Stahl, p. 53, note 129, que cette action est *præscriptis verbis*, car cette dernière est une action civile. Et, d'un autre côté, l'action de dol, qui n'est qu'une action subsidiaire, n'aurait pas en besoin d'être imaginée, si on avait pu arriver au même but par l'action *præscriptis verbis*. Il vaut donc mieux dire que cette action *in factum* est une action de dol mitigée.

[10] Ce qui prouve qu'elles sont prétoriennes, c'est la L. ult. D. de pop. action. (47, 23). Conf. L. 5, § 5, de his qui effud. (9, 3).

[1] Gaius, IV, 138 sq. J. de interdictis (4, 15). — Paul. V, 6. — Dig. Lib. 43 et spécialement T. 1 de interdictis (sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.) Cod. Lib. 8, t. 1, de interdictis, à t. 9. Voy. § 73. — Cujac. Obs. V, 17. Jan. à Costa comm. ad Rubr. et Pr. J. de interd. — Savigny, do la possession. — Haubold, Zeits, t. 3, n° XII. — Dupont, p, 153-179. — (M. Ducaurroy, n° 1349-1367. E.)

[2] Gaius, IV, 139. Les interdits sont aussi appelés actions, L. 37 pr. § 1, D. de O. et A. (44, 7).

[3] D'anciens jurisconsultes pensaient que les matières d'interdits se traitaient entièrement devant le magistrat, par conséquent *extra ordinem*; tels sont : Sigonius, de jud. I, 16. Cujas, Paratit. ad Cod. VIII, t. Mais voyez Obs. l. c. et Vinnius, ad pr. I, de interd. Mais d'autres, comme Janus a Costa, avaient déjà trouvé la vérité, en s'appuyant sur Theoph. ad pr. I. cit. L. 15, § 7, L. 21, pr. D. quod vi aut clam (43, 24), L. ult. de precar. (43, 26), L. 1, § 41, de vi (43, 16), L. 3, § ult. uti poss. (43, 17), et sur l'opposition avec la *notio prætoris* de la L. 3, § 3, de lib. exhib. (43, 30). — Maintenant, outre Gaius, voyez dans Frontin. ed. Goes. p. 41 (aussi p. 56) : « ad interdictum, i. e. *jure ordinario* litigatur; » et dans

édits [4], accorde de prime abord, sur le seul désir de l'une des parties, toutefois en présence de l'autre [5], un ordre impératif ou prohibitif (*principaliter auctoritatem suam præponit* ou *proponit* [6].) Cet ordre, dans l'origine, s'appelait peut-être indistinctement décret, de même que plus tard il s'est toujours appelé interdit (*interdicit*, reddit *interdictum*). L'ordre impératif s'appelle plus particulièrement décret, et l'ordre prohibitif interdit. L'ordre est impératif, lorsqu'il s'agit de faire faire une chose que l'édit commande, comme d'exhiber ou de restituer; il est prohibitif, lorsqu'il défend un fait qui tendrait à violer les prescriptions de l'édit. Aussi tous les interdits, envisagés sous le rapport de leur objet et en même temps des termes employés pour leur prononcé, se divisent-ils en exhibitoires, restitutoires et prohibitoires; les derniers, plus proprement nommés interdits, se terminent ordinairement par ces mots : *vim fieri veto* [7].

De même que, lorsqu'il s'agit d'actionner, il peut se faire que le tout se termine devant le préteur, que l'on n'arrive pas au *judicium* [8]; de même aussi il est possible que l'ordre du préteur termine tout, et que la contestation n'ait pas de suite; il peut même se faire que l'interdit lui-même ne soit pas prononcé par le préteur [9]. Dans les interdits exhibitoires et restitutoires, le défendeur, c'est-à-dire celui contre lequel

la L. 1, § 2, si ventris nomine (25, 5) : « si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit; » et dans Aggen. ed. Goes. p. 68 : « interdicti *formula* litigatur. » Savigny, de la possession, § 34.

[4] Gaius, IV, 139, avec 141. — Paul., V, 6, § 2 : ut interdictum ita et actio proponitur. L. 1 C. h. t. (8, 1) — interdicta ita in albo proposita.

[5] Arg. Gaius, IV, 165 et note 9.

[6] Gœschen et Heffter, notes.

[7] Gaius, IV, 140 avec 139, pr. § 1 J. et Theoph. h. t. — L. Gall. Cis. c. 19 l. 2 et 4. Ils s'appellent aussi *decreta* dans L. 1 pr. D. de tab. exh. (43, 5).

[8] L. 6, § 2, D. de conf. (42, 2).

[9] L. 6, § 2, cit. L. 1, § 1, D. de tab. exh. « si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, jubendus est exhibere; — sed si neget se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit. » Gaius, IV, 163 : « quasi hoc ipso confessus — debere. »

l'interdit a été obtenu, ou même le demandeur, c'est-à-dire celui qui a obtenu l'interdit, peut, avant de sortir de la présence du préteur, demander un *arbiter*, ou, ce qui est la même chose, un juge [10] avec une formule arbitraire [11]. L'une ou l'autre des parties peut indifféremment demander cet *arbiter ;* mais l'adversaire peut, à cette demande, riposter par celle d'un *judicium calumniæ*. Lorsque c'est le demandeur qui oppose le *judicium calumniæ* au défendeur réclamant un *arbiter*, si ce dernier refuse de courir les chances du *judicium calumniæ*, il est considéré comme ayant fait l'aveu de ses torts : telle était l'opinion de quelques jurisconsultes, opinion que ne partageait cependant pas Gaius [12]. Quant à l'*arbitrium*, il avait pour objet, comme toute action donnée au sujet d'un interdit, de faire décider si le défendeur avait commis le fait contraire aux prescriptions de l'édit, lequel édit servait de fondement à l'interdit [13]. Si ce fait était constaté, le défendeur, lorsqu'il n'était pas dans l'un des cas d'absolution indiqués plus haut au § 67, était condamné *quanti ea res est*. Si l'on n'avait pas demandé un *arbiter* avant de sortir de la présence du préteur, et si le défendeur persistait toujours à refuser d'obéir à l'interdit, le demandeur pouvait obtenir un *judicium* [14] ; alors le tout se passait devant des récupérateurs, mais avec *periculum* [15]. Il en était de même dans tous les cas où l'interdit était prohibitoire. Lors donc qu'il était nécessaire de recourir à un *judicium*, chacune des parties stipulait de l'autre une clause pénale, par consé-

[10] Car « ad judicem recuperatoresve itur. » Gaius, IV, 141.

[11] Gaius, IV, 141, 163, 165.

[12] Gaius, IV, 163, avec le § 179, *infra*.

[13] Gaius, IV, 141, « ..... et ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit. »

[14] Gaius, IV, 170.

[15] Car dans les interdits prohibitoires il y a toujours à réprimer une atteinte portée aux droits d'autrui; aussi procède-t-on ici toujours *cum pœna*, Huschke, de causa Siliana, p. 7. Ce qu'ont fait remarquer Haubold, l. c. p. 385, et Heffter, ad Gaium, p. LV, est insuffisant.

quent chacune d'elles la promettait, par une *sponsio*, pour le cas d'échec; le juge ici condamnait celui qui avait tort, le demandeur ou le défendeur, à la somme de la *sponsio*, en prononçant l'absolution de celui qui avait triomphé. Si l'interdit avait eu pour objet la restitution d'un fonds, et que le défendeur échouât dans sa prétention, il était condamné d'abord au montant de la *sponsio*, puis à la somme promise par lui comme prix de son rôle de possesseur; et, en outre, il fallait qu'il restituât la chose avec les fruits. — On pouvait arriver au même but par une autre voie, c'est-à-dire sans interdit, au moyen d'une action *in factum* [16] : en effet, les textes mentionnent souvent cette action à côté des interdits; toutefois cette action n'était donnée, au lieu des interdits, que dans des cas spéciaux [17]. — Les cas auxquels s'appliquaient les interdits exigeaient de la célérité dans la procédure [18], au moins à l'époque où l'*ordo judiciorum* et *interdictorum* (§ 144) avait disparu : or elle résultait de ce que l'instance était introduite sans *vadimonium*, ou de ce qu'elle avait lieu devant des récupérateurs [19], par conséquent devant les mêmes juges qui étaient choisis pour les actions qui exigeaient de la promptitude dans l'instruction. Plus tard aussi, en effet, les moyens employés pour accélérer la procédure ne furent pas restreints aux interdits. Au reste, il est possible que le ma-

[16] Gaius, IV, 141, 162, 163 f. 165, 166. Cic. pro Cæc. c. 8 f. ad div. VII, 21, et Huschke, Diss. cit. Cic. pro Tullio, c. 53 : « Si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas, aut sponsione condemneris necesse est. » Conf. Huschke, Anal. p. 178. Quinct. I. O. VII, 5.

[17] L. 8, § 1. L. 9 D. de relig. (11, 7). Tit. D. ne vis fiat ei (43, 4). L. 10 p. D. quæ in fraud. cred. (42, 8). L. 20, § 8, C. de nov. op. nun. (39, 1).

[18] « Beneficio celeritatis inventum » est une expression employée au moins pour l'interdit *quor. bon.* Voy. L. 22 C. Th. quor. appell. (2, 36).

[19] On pouvait, en effet, demander un *arbiter* sur-le-champ; sans cela, il fallait agir *per sponsionem* et devant les récupérateurs; — en tous cas, le litige avait une marche plus rapide.

gistrat ait essayé son autorité d'abord par des interdits, et que ce ne soit que plus tard qu'il ait donné des actions immédiatement. Au surplus, l'instance qui s'engageait à la suite de l'interdit avait pour objet le fond du litige lui-même tout autant qu'une action ordinaire [20]; la procédure s'y compliquait souvent d'un grand nombre de garanties, et présentait au moins tout autant de dangers que la procédure des actions [21];

[20] Conf. les discours de Cicéron pro Cæcina et pro Tullio.

[21] Conf. § 74 et Agg. Urbic. ed. Goes. p. 79: « De loco si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cætera ex interdicto *diligenter* peraguntur. Magna enim alea est, litem ad interdictum deducere, *cujus est executio perplexissima.* » Dans son Traité de la possession, p. 349 de la 4ᵉ édit. puis ensuite dans Zeits. t. 5, p. 4 et suiv. Savigny a attaqué l'opinion communément admise, que les interdits étaient une procédure sommaire. Il a certainement raison d'attaquer cette opinion, surtout en ce qui concerne les preuves; car ici elles devaient être tout aussi complètes que dans les instances ordinaires; en outre, il n'est pas vrai que, dans la procédure par interdits, le juge doive écarter tous les moyens de défense qui ont besoin de vérification : cette procédure, en effet, n'a pas pour but de statuer provisoirement, comme le soutient encore Thibaut dans les Archives, t. 10, nº XXIII. Voyez G. F. Puchta, Erl. Jahrb. t. 9, p. 1 et suiv. et Savigny, Zeits. t. 6, nº III, p. 259-271. Il est vrai que, dans certains cas, à côté de l'interdit est une action particulière; mais cette circonstance ne prouverait pas encore qu'alors, en agissant par l'interdit, on agit provisoirement, tandis qu'en agissant par l'action, la procédure est définitive; car dans l'interdit *quorum bonorum*, cas où l'on peut recourir à une action différente de l'interdit, il faut que celui qui demande la possession de biens fasse la preuve de sa prétention — « *si probaveris.* » — L. 1 C. quor. bon. (8, 2), L. 1 pr. D. eod. (43, 2). Voyez, au § 142, *infra*, ce que c'est qu'une procédure sommaire. Quant à l'opinion que les exceptions qui n'étaient pas spécialement indiquées dans l'édit, qui était toujours le fondement de l'interdit, étaient refusées au défendeur, elle est inadmissible. C'est une opinion que nous avons signalée à la critique dans notre programme ayant pour titre : *Quo sensu summarium vocari possit interdictorum Romanorum judicium*, Jenæ 1828, 8. Conf. L. 3, § 7, D. uti possid. (43, 17). L. 1, § 3; L. 3, § 2, 3, 4; L. 7, § 3, 4; L. 22, § 2, D. quod vi aut clam (43, 24). L. 1, § 6, ne quid in flum. publ. (43, 13). L. 1, § 3, 4, 5, D. de lib. exh. (43, 30). Savigny, Zeits. t. 6, p. 248. Toutefois

et enfin le résultat du litige y était tout à fait définitif [22].

ce qui est l'objet des interdits exclut par lui-même un grand nombre d'exceptions.

[22] Il ne peut y avoir de difficulté à ce sujet que lorsque, avec les interdits, concourent d'autres actions. — Quant à la différence entre les interdits possessoires et les actions réelles, elle est facile à sentir; l'objet des uns n'est pas l'objet des autres : là il s'agit de possession, ici de propriété. Quant aux interdits *adipiscendæ possessionis*, le Salvien et le *quorum bonorum*, on les considère encore comme des actions *in rem* provisoires; on prétend donc que, lorsqu'on agit par eux, on se contente d'une apparence de droit. Mais cette opinion est évidemment inadmissible; car, dans la L. 2 D. de Salv. interd. (43, 23), le demandeur est repoussé dans sa prétention par le motif *melior conditio possidentis*, voy. L. 1, § 1, eod. et Lœhr, Arch., t. 12, p. 93. Mais on ne peut pas démontrer que l'action Servienne puisse être encore accordée lorsque l'interdit Salvien a produit tout son effet sur la question de savoir s'il y a eu promesse d'hypothèque, ou lorsque cet interdit a été refusé. L'interdit *quorum bonorum*, de même que la pétition d'hérédité possessoire, supposent une possession de biens obtenue valablement, c'est-à-dire un droit de propriété prétorienne : celui à qui cette possession a été refusée, peut faire valoir toujours son droit de succession civile; et s'il l'a obtenue, il peut être attaqué par la pétition d'hérédité civile; car l'objet de l'interdit n'est pas le même que celui de la pétition d'hérédité : peu importe que sur cette différence la preuve tirée de la L. un. C. Th. quor. bonor. (4, 21), et de la L. 3 C. eod. (8, 2) soit douteuse; voy. Savigny, Zeits. t. 5, p. 5 et suiv. et Lœhr, l. c. p. 104 et suiv. Lorsque l'interdit *quorum bonorum* est refusé, ce refus donne lieu à l'exception *rei judicatæ* contre la pétition d'hérédité possessoire; car elle comprend même plus que l'interdit; celui-ci, en effet, n'a trait qu'aux objets corporels de l'hérédité, et celle-là s'étend à toute l'hérédité. La « *aliqua utilitas*, » que procure l'interdit *quorum bonorum* (Gaius, III, 34, § 1, J. de bon. poss.), consiste, en faisant abstraction de l'avantage que procure sa procédure, précisément en ce que le défendeur ne peut pas empêcher l'effet de l'interdit par le seul motif qu'il a plus de droit que le demandeur à l'hérédité civile; tandis qu'il peut repousser victorieusement le demandeur de la pétition d'hérédité possessoire. Voy. Hug. Rg. 10e édit. p. 554. Lœhr, l. c. p. 109.

(La thèse de doctorat de M. Gaslonde, professeur à Dijon, a jeté, sur ces difficultés, un nouveau jour. Après avoir résumé ce que les Allemands avaient imaginé de mieux, il a adopté les résultats suivants :

L'interdit *quorum bonorum* est aussi définitif que la pétition d'hérédité, soit civile, soit prétorienne; mais il n'est relatif qu'à la possession

§ LXXII. — *Origine et signification des interdits* [1].

L'origine des interdits paraît remonter à une époque antérieure au système formulaire. Ni leur but, ni aucun document

des biens héréditaires; il est donné contre celui qui possède *pro herede* ou *pro possessore*: il ne porte que sur les objets corporels de l'hérédité: il ne peut atteindre les débiteurs de la succession, il restreint son effet aux possesseurs de choses corporelles. En outre, l'interdit *quorum bonorum* ne compète qu'à celui qui n'a pas encore possédé les biens héréditaires, c'est un interdit *adipiscendæ*; celui qui en aurait perdu la possession ne pourrait y recourir. Or, il diffère de la pétition d'hérédité possessoire, en ce que, dans celle-ci, le demandeur peut obtenir tout ce qui peut être obtenu par la pétition d'hérédité civile, avec la seule exception que, dans ce dernier cas, le demandeur devrait prouver qu'il a droit à l'hérédité civile, tandis que dans la pétition d'hérédité possessoire il devrait prouver qu'il a droit à l'hérédité prétorienne. Ainsi il suffit que celui qui a obtenu l'interdit *quorum bonorum* prouve que le défunt possédait: il peut faire valoir son interdit même contre le véritable héritier, et par conséquent, comme le fait fort bien remarquer M. Ducaurroy (l. c. n° 1356), il agit en sens inverse de la pétition d'hérédité qui appartient aux héritiers, même contre le *bonorum possessor*. L'interdit *quorum bonorum* n'ayant trait qu'à la possession, et la pétition d'hérédité tendant à la propriété, il en résulte que ce qu'on aurait jugé sur la première ne serait pas jugé sur la seconde. L'interdit *quorum bonorum* procure la possession avec tous ses avantages, notamment celui de rester défendeur contre la pétition d'hérédité; de là la distinction entre la possession de biens *cum re*, et la possession de biens *sine re*. — Depuis Justinien, il n'y a plus de différence entre la pétition d'hérédité possessoire et la pétition d'hérédité civile; d'un autre côté, la possession *sine re* a disparu. L'interdit *quorum bonorum* ne sert plus qu'à procurer l'avantage de réclamer une chose sans être obligé de prouver les droits de propriété du défunt; il suffit de prouver qu'il la possédait. Voy. M. Ducaurroy, l. c. n° 1357. Quant à l'interdit Salvien, M. Ducaurroy (l. c. n° 1355), signale son importance toute particulière; il démontre par là que c'est à tort que l'on a soutenu qu'il a servi de type à l'action Servienne, et qu'il est devenu inutile depuis la création de cette dernière action. D'après lui, l'interdit Salvien se donne contre le débiteur ou les détenteurs étrangers; mais ne se donnerait pas au maître d'une propriété affermée contre un autre propriétaire à qui les mêmes objets auraient été affectés. E.)

[1] Huschke, de causa Siliana, p. 5 sq.

de l'antiquité ne dénotent qu'ils aient dû leur existence au système des actions de la loi : mais il est certain que déjà avant l'apparition du droit prétorien s'est fait sentir le besoin de soumettre à des règles quelques-uns des faits qui furent ensuite régis par des interdits. Ainsi, lorsque la loi des XII Tables permettait à un propriétaire de ramasser les fruits tombés de son arbre sur le terrain d'autrui [2], ou de couper les branches qui venaient l'ombrager [3], il fallait bien qu'une protection lui fût donnée contre les obstacles qui pouvaient être opposés à l'usage de cette concession. Si donc cette protection s'est manifestée dans l'édit prétorien par des interdits [4], il est probable que ceux-ci n'ont fait que revêtir d'une nouvelle forme une procédure ancienne fondée sur le droit civil. Les rapports qui s'étaient établis dès le berceau de Rome entre les possesseurs et l'*ager publicus* ne pouvaient pas non plus alors être livrés à la merci de la force brutale ; les moyens juridiques dont ils furent protégés firent donc aussi place à cette forme nouvelle de protection accordée à tout possesseur considéré comme tel, c'est-à-dire aux interdits possessoires [5]. Qu'étaient ces antiques moyens juridiques ? comment se sont opérées leur transformation et leur consécration dans l'édit prétorien ? C'est ce que ne nous apprend aucun vestige des monuments que Rome nous a légués. Quoi qu'il en soit, ce nombreux cortége d'interdits qui se rencontrent dans les ouvrages des jurisconsultes n'a dû se former que sous l'influence du droit créé par le préteur ; et en nous contentant d'arrêter nos regards à l'époque où les interdits étaient parvenus au plus haut degré de leur développement, nous rencontrons les résultats suivants.

Les interdits n'ont point été introduits pour protéger les citoyens dans leurs rapports privés : ce but était atteint par

[2] Plin. Hist. nat. XVI, 5, avec L. 236, § 1, D. de V. S.

[3] L. 1, § 8, D. de arb. cæd. (43, 27).

[4] L. 9, § 1, D. ad exh. (10, 4). L. un. D. de glande leg. (43, 28). — Tit. D. de arb. cæd. (43, 27).

[5] Savigny, de la possession, § 12 a.

les actions ; mais [6] pour mettre les intérêts publics et religieux à l'abri des atteintes des particuliers, — ils remplissaient la tâche dévolue de nos jours aux règlements de police, — et ils couvraient de leur égide les faits considérés comme tels. Ici figurent en première ligne les interdits possessoires (dans le sens large), dont il est dit qu'ils protégent les biens, *ad rem familiarem spectant* [7], et qui, à cause de cela, semblent le plus rentrer dans le système du droit privé [8]. La procédure qui leur était appliquée était bien appropriée à cette destination. En effet, là où les principes du droit n'étaient point violés, le préteur ne pouvait accorder de *judicium*. Pour rendre possible l'application des moyens juridiques, il fallait donc que le préteur commençât par prescrire ce qui devait se faire, pour qu'on se conformât aux exigences du bon ordre, et pour que, si l'on résistait à son autorité (à l'*imperium magistratus*), il fût fondé à accorder une formule. Le droit [9], qui était la base du *judicium* ensuite accordé, ne commençait donc à apparaître qu'avec le décret du magistrat, avec l'interdit ; aussi dit-on que tous les interdits sont *vi ipsa personalia*, ce qui signifie qu'ils ne participent à la vie juridique, ne produisent des effets, qu'à cause de la violation de l'ordre du préteur : ce qui s'applique même à ceux qui n'ont qu'un fondement général dans l'édit, et dont la forme, sous ce rapport, est *in rem* [10]. C'est sans doute par le même motif que les fruits et l'*omnis causa* sont dus à partir de la concession de l'in-

[6] L. 2, § 1, 2, 3, D. h. t. (43, 1) et *infra*, § 73.

[7] L. 2, § 2 f. § 3, D. eod.

[8] Il faut comprendre ici, non-seulement les interdits qui sont une conséquence de la possession déjà acquise, mais encore les interdits *adipiscendæ possessionis*, Gaius, IV. 143, § 2 J. et Theoph. h. t. L. 2, § 3, D. h. t. Au reste, c'est toujours la possession qui est l'objet des interdits *adipiscendæ* ; conf. Lœhr, Archiv. t. 12, p. 89-95.

[9] Huschke, Diss. cit. p. 11.

[10] En effet, ils sont fondés sur ce qu'une *bonorum possessio* a été accordée, sur ce que les *res coloni* avaient été hypothéqués, L. 1, § 3, D. h. t. conf. avec le § 59, *supra*, note 5 — note 8. Voy. Savigny, l. c. p. 32, note 1 (5e édit.).

terdit [11]. Un droit privé, dont l'existence est constante et no dépend que de lui-même, conduit donc immédiatement à uno formule, tandis que tout autre rapport ne peut y donner accès qu'autant que l'autorité du magistrat aura été mise en jeu. Dans la suite, on a reconnu un rapport juridique, ot accordé une action immédiatement, dans les circonstances qui auparavant ne pouvaient que donner lieu à des interdits; et de là vient, sans doute, que l'on rencontre quelquefois un interdit et une action pouvant indifféremment conduire au même résultat. Ainsi l'iuterdit *quorum bonorum* a fait naître peu à peu l'idée d'un droit de succession prétorienne, laquelle en se développant a abouti à la pétition d'hérédité possessoire [12]. Ainsi l'interdit Salvien assurait déjà au propriétaire la possession des fruits perçus par le fermier, jusqu'au paiement du fermage, avant qu'on pût invoquer, dans le même but, une action *in rem*, l'action Servienne, dont l'extension aux autres cas d'hypothèque a rendu superflue l'extension des interdits aux mêmes cas [13]. Ainsi encore l'interdit *de glande legenda* et les divers interdits exhibitoires ont amené l'action *ad exhibendum*, si générale, qui repose sur l'intérêt que l'on peut avoir à l'exhibition, comme sur un droit proprement dit. L'interdit *quod vi aut clam*, lequel aussi ne repose pas sur un droit proprement dit, mais sur un intérêt, concourt aussi avec de véritables actions dans les circonstances où il y a violation d'un droit, par exemple, dans les cas de dommage causé à uue propriété.

§ LXXIII. — *Énumération des interdits.*

Si, en suivant la division la plus générale des interdits en

[11] L. 3, D. h. t. « In interdictis exinde habetur ratio fructuum, ex quo edita sunt, non retro. » L. 1, § 40, de v. (43, 16). L. 8, § 4, de prec. (43, 26).

[12] Lœhr, Archiv. t. 12, n° VI. Mais voyez à la note 22, *in fine*, du § précédent.

[13] Zimmern, Archiv. t. 11, p. 349 et suiv.

prohibitoires, restitutoires et exhibitoires [1], et en mettant toujours en relief les interdits possessoires [2], nous voulons jeter un coup d'œil sur les interdits qui se sont développés sous le système formulaire, et qui s'y présentent même quelquefois comme interdits utiles [3], nous trouvons les interdits suivants :

I. Interdits prohibitoires. Ils se subdivisent en non possessoires et en possessoires. 1° Les non possessoires sont les interdits *de mortuo inferendo; de sepulcro violando* [4]; *ne quid in loco sacro fiat* [5]; *ne quid in loco publico vel itinere fiat* [6]; *de loco publico fruendo* [7]; *de via publica et itinere publico reficiendo* [8]; *ne quis via publica itinereve publico ire, agere prohibeat* [9]; *ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur* [10]; *ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit* [11]; *ne quis in flumine publico navigare prohibeatur* [12]; *de ripa muniendа* [13]; *de arboribus cædendis* [14]; *de glande legenda* [15]; *ne*

[1] Gaius, IV, 142, § 1, J. de interd. L. 1, § 1, D. de interd. L. 6, § 2, de conf. (42, 2).

[2] Voy. *supra* § 72, note 8.

[3] Vatic. frag. § 90. L. 1, § 17, D. de fluminib. (43, 12). L. 2 de cloacis (43, 23). L. 1 C. de interd. (8, 1). — L. 1, § 2, D. de superfic. (43, 18).

[4] Tit. D. de mortuo inferendo et sepulcro violando (11, 8). L. 8, § 5, L. 9 de relig. (11, 7). L. 2, § 1, D. de interd.

[5] Gaius, IV, 140, 159. Tit. D. 43, 6.

[6] D. 43, 8.

[7] D. 43, 9.

[8] D. 43, 11. L. 1, § 1, D. de ripa muniendа (43, 15).

[9] L. 2, § ult. D. ne quid in loco publ. (43, 8). Paul. V, 6, § 2. L. 1, § 1, D. ut in flumine (43, 14).

[10] Gaius, IV, 159. D. de fluminibus, ne quid rel. (43, 12). Labeo formule ainsi l'interdit : *ne quid in mari, inve littore, quo portus, statio*, iterve navigio deterius fiat, L. 1, § 17, eod.

[11] D. 43, 13.

[12] D. ut in flumina publico navigare liceat (43, 14).

[13] D. de ripa muniendа (43, 15).

[14] D. de arboribus cædendis (43, 27). L. 1 C. de interd. Paul. V, 6, § 13.

[15] D. de glande legenda (43, 28).

vis fiat ei qui in possessionem missus erit[16]. — Cet interdit peut être aussi restitutoire[17], et l'édit donne, en outre, une action *in factum* dans le même but[18]; — un interdit pour protéger l'usage de l'*aqua ex castello*[19]; *de migrando*[20]. 2° Les possessoires, lesquels sont *retinendæ possessiones:* tout d'abord les interdits généraux *uti possidetis* et *utrubi*[21]; ensuite les spéciaux, savoir: l'interdit *de superficiebus*[22], qui n'est au fond qu'un interdit utile *uti possidetis*[23]; les deux interdits *de itinere actuque privato*[24], qui sont donnés pour protéger, d'une part, l'usage du droit[25], d'autre part, les réparations à faire[26]; un interdit *de aqua quotidianâ* et un autre *de aqua æstiva*[27]; un interdit *de rivis*[28]; deux interdits *de fonte*[29], dont l'un tend à protéger le *jus aquæ hauriendæ*, et l'autre les réparations à faire; un interdit *de cloacis*[30]; et enfin un interdit donné contre celui qui, ayant fait la dénonciation de nouvel œuvre, refuse d'accepter la caution que lui offre son adversaire pour être autorisé à continuer ses travaux[31].

[16] D. 43, 4.

[17] L. 3, §, 2, eod.

[18] L. 1 pr. D. eod. Cette action est toujours une dépendance de l'interdit, Haubold, l. c. p. 367; peu importe qu'on lise avec Cujas, Obs. V, 17, *edictum* au lieu de *interdictum* dans la L. 1, § 1, eod.; car la place qu'occupe le titre et sa suscription prouvent qu'il s'agit d'un interdit. Voyez aussi L. 3 pr. § 2, L. 4 pr. D. eod. L. 5, § 27, quod legat (36, 4).

[19] L. 1, § 38 sq. de aqua quotid. (43, 20).

[20] D. 43, 32.

[21] Gaius, IV, 140, 148-153, 158, 160, § 4, J. de interd. — D. uti possid. (43, 17), C. uti possid. (8, 6). D. de utrub. (43, 31). C. Th. utrubi (4, 23).

[22] D. 43, 18.

[23] L. 1, § 2, eod.

[24] D. 43, 19.

[25] L. 1 pr. § 1 sq. eod.

[26] L. 3, § 11 sq. eod.

[27] D. de aqua quotid. et æstiva (43, 20).

[28] D. de rivis (43, 21).

[29] D. 43, 22.

[30] D. 43, 23.

[31] L. 20, § 9 sq. de nov. op. nun. (39, 1). L. Gall. Cisalp. c. 19.

II. Interdits restitutoires. Tels sont : l'interdit *quod vi aut clam* [32]; l'interdit fraudatoire [33]; celui qui est donné lorsque un bâtiment est tombé avant que la caution *damni infacti* ait été fournie [34]. Des interdits restitutoires sont aussi accordés contre ceux qui, malgré la prohibition, ont porté un mort dans un lieu défendu; qui ont fait dans un lieu public, ou dans un chemin, ou dans un lieu sacré, ce qui était défendu; qui ont violé un sépulcre, ou ont empêché la navigation sur un fleuve public ou sur sa rive [35]; l'interdit qui compète à celui qui avait été envoyé en possession [36] : on accorde, en outre, comme restitutoires, l'interdit *retinendæ possessionis de cloacis* [37], et l'interdit tendant à faire détruire ce qui a été construit contrairement à la dénonciation de nouvel œuvre [38]. Sont aussi restitutoires tous les interdits *adipiscendæ possessionis*, savoir [39] : l'interdit *quorum bonorum* [40], qui a servi de modèle à l'interdit *possessorium* [41] et à l'interdit *sectorium* [42]; et, en outre, l'interdit Salvien [43], ainsi que l'interdit *quod* ou *quorum legatorum* [44]. L'interdit prohibitoire de la note 25 de

[32] D. quod vi aut. clam (43, 24). Cic. pro Tull. c. 53.

[33] L. 10 pr. D. quæ in fraud. credit. (42, 8). L. 67, § 1, 2, D. ad Sct. Treb. (36, 1). L. 96 pr. de solut. (46, 3).

[34] L. 7 f. D. de d. inf. (39, 2).

[35] L. 1, § 1, de nov. op. nun. (39, 1). L. 2, § 2, de interd. L. 2, § 35 sq. D. ne quid in loco publ. (43, 8). L. 1, § 19-22, D. de fluminibus (43, 12). L. 1, § 11-13, ne quid in flum. (43, 13).

[36] Voy. *supra*, note 17.

[37] L. 1, § 13, avec § 1, de cloac. (43, 23).

[38] L. 1, § 7. L. 20 pr. § 1, 2, L. 21, § 1, de nov. op. nun. (39, 1).

[39] L. 2, § 3, de int. — Lœhr, Arch. t. 12, p. 91.

[40] Gaius, IV, 144, § 3, J. de interd. Tit. quorum bonorum D. 43, 2. C. 8, 2. C. Th. 4, 21.

[41] Gaius, IV, 145.

[42] Gaius, IV, 146.

[43] Gaius, IV, 147, § 3, J. cit. Tit. de Sal. int. D. 43, 33. C. 8, 9 (voy. note 48).

[44] D. quod legat. (43, 3). C. quor. legat. (8, 3). (L'interdit *quem fundum*, dont il a été parlé à la note 4 du § 66, *supra*, était aussi restitutoire. Mais, outre qu'il était *adipiscendæ possessionis*, il pouvait

ce paragraphe est aussi *adipiscendæ possessionis*, lorsque le demandeur prétend avoir le droit de continuer l'usage appartenant à son auteur [45]. Enfin, sont restitutoires tous les interdits *recuperandæ possessionis*, par conséquent l'interdit *de vi* [46], l'interdit *de clandestina possessione* [47], et l'interdit *de precario* [48].

III. Interdits exhibitoires. Ce sont les interdits *de tabulis exhibendis* [49]; *de homine libero exhibendo* [50]; *de liberis exhibendis* [51]; et *de libero exhibendo* [52].

§ LXXIV. — *Des interdits doubles* [1].

On nomme interdits doubles ceux dans lesquels chacune des parties peut être demanderesse ou défenderesse, ainsi que cela a lieu aussi dans certaines actions. Les droits de chacune d'elles doivent par conséquent demeurer en état pendant la procédure, de sorte que la partie demanderesse peut être en définitive condamnée. Cette singularité ne se rencontre que dans quelques interdits prohibitoires, c'est-à-dire, autant que

être *recuperandæ possessionis*. Voyez le texte dans M. Blondeau, l. c. et dans M. Pellat, l. c. p. 33, note 2 in fine. E.)

[45] L. 2, § 3, de interd. « Adipiscendæ possessionis sunt interdicta — ex hoc genere est et quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto. » Savigny, de la possession, 5e édit. p. 541.

[46] Cic. pro Cæcina. — Cic. pro Tull. c. 29, 44, 45, 46 ed. H. — Gaius, IV, 154, 155, § 6, J. de int. D. de vi et de vi armata (43, 16). C. unde vi (8, 4), si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio (8, 5). C. Th. unde vi (4, 22).

[47] L. 7, §, 5, D. comm. div. (10, 3). Voy. Savigny, § 41.

[48] Paul. V, 6, § 4-12. D. de precario (43, 26). C. de precario et Salv. interd. (8, 9).

[49] D. 43, 5. C. 8, 7.

[50] D. 43, 29. Paul. V, § 14, C. 8, 8 (v. note suivante).

[51] D. de liberis exhibendis item ducendis (43, 30). C. de liberis exhibendis, seu deducendis, et de libero homine exhibendo (8, 8).

[52] Gaius, IV, 162. L. 2, § 1, D. de interd.

[1] Savigny, de la possession, § 37, *in fine*. Durot, Archiv. f. civ. Prax. t. 6, p. 265 et suiv.

nous le sachions, dans les interdits *ut possidetis* et *utrubi* [2]; ce qui doit faire supposer qu'ils sont une imitation de l'ancienne procédure relative à la revendication [3]. Les autres interdits prohibitoires, ainsi que tous les interdits restitutoires et exhibitoires, sont *simplicia* [4]. Dans les interdits doubles, et spécialement dans l'interdit *uti possidetis*, il y avait une *fructus licitatio* [5] et un *judicium secutorium*, que nous fait connaître Gaius. Entre ceux, en effet, qui prétendent chacun à la rétention de la possession, non-seulement il se forme des promesses et des stipulations réciproques (*sponsio et restipulatio*); mais encore il faut résoudre la question de savoir qui possédera pendant le litige: or cette question est résolue par une mise aux enchères de la possession intérimaire et des avantages de cette possession. Celui des deux qui, dans ce but, offre la somme la plus forte pour le cas d'échec est préféré : on dit de lui : *fructus licitatione vicit* [6], et de son adversaire : *fructus licitatione victus est*. La somme offerte est purement pénale ; de sorte que si le possesseur succombe, il paie d'abord le montant de la *sponsio*, puis encore la somme offerte pour la *fructus licitatio;* et enfin il doit, en outre, restituer les fruits perçus par lui, avec la possession litigieuse; or pour l'obtention de ce dernier chef, la partie victorieuse a le droit d'obtenir un *judicium Cascellianum* ou *sectorium* [7] : mais il pourrait se faire qu'il n'y eût pas lieu à ce *judicium;* en effet, les parties

[2] Gaius, IV, 160, § 7, J. de int. L. 37, § 1, D. de O. et A. (44, 7). L. 2 pr. f. D. de int. L. 3, § 1, D. uti possid. (43, 17).

[3] Ce qui prouve qu'ils ont été imités de l'ancienne revendication, c'est l'égalité de position des deux parties dans le litige; c'est, en outre, que le préteur adresse un ordre à l'une et à l'autre également (*uti possidetis*); c'est enfin cette expression empruntée aux anciennes *vindiciæ* : « Superior *in retinenda possessione* » (Cic. pro Cæc. c. 1); voyez Durol, l. c. p. 265-267.

[4] Gaius, IV, 157-159.

[5] Heffter, Obs. XXIV.

[6] « Qui licitatione vicit » se trouve dans la L. 6 D. fam. ercisc. (10, 2) à l'occasion des *documenta*.

[7] Gaius, IV, 166, 167 et 189. Le nom de *Cascellianum* vient de l'au-

pouvaient aussi procéder à une *fructuaria stipulatio* pour cette restitution de fruits [8], et alors le demandeur poursuivait le défendeur en vertu de cette autre stipulation, par un *judicium* appelé *fructuarium* [9]: il s'appelait aussi *secutorium ;* mais il ne faut pas le confondre avec le précédent, qui portait le nom de *Cascellianum* [10]. Si, au contraire, c'était le demandeur qui perdait son procès, il ne payait que la somme de la *sponsio* et de la *restipulatio*.

TROISIÈME SECTION. — De quelques procédures où il n'est pas besoin de juge [1].

§ LXXV. — *Introduction.*

A toutes les époques de l'histoire de Rome il y a eu des procédures dans lesquelles le magistrat seul intervenait. Il est possible même qu'il en ait été presque toujours ainsi dès l'origine des actions de la loi. Quoi qu'il en soit, dans certains cas, on ne procéda, de tout temps, que devant le magistrat, ces cas n'étant que *imperii*. Telles sont les voies d'exécution contre les *judicati* et les *confessi*, introduites d'abord par la *manus injectio*, et plus tard par une simple *postulatio*; tels sont aussi tous les envois en possession; tels sont, en outre, tous les actes de juridiction volontaire; telle est enfin l'introduction de tout litige. Il est vrai que, dans ce dernier cas, si les parties n'étaient pas d'accord, le magistrat les renvoyait régulièrement devant un juge [2]; mais quelquefois il retenait l'examen des points litigieux; et peu à peu s'augmenta le cercle de ces affaires dans lesquelles le préteur *ipse cognoscit*,

teur de ce *judicium* : cela rappelle encore les *prædes litis vindiciarum :* voy. Schrader, Heidelb. Jahrb. de 1823, p. 967.

[8] Gaius, IV, 169.

[9] Gaius, IV, 168.

[10] (C'est ainsi que nous croyons devoir entendre la fin du § 169 de Gaius, IV; Zimmern déclare ne pas le comprendre. E.)

[1] Gebauer, de jurisdictione, c, 1, § 11, dans Excer. acad. t. 1, p. 450-460. Heffter, Inst. p. 401-406. Mühlenbruch, Process, p. 36.

[2] Cic. ad Quint. 1, 2 : « Quid? Prætor solet judicare *deberi ?* »

ne donne pas de juge [3], par conséquent *extra ordinem jus dicit* [4]. C'est ce qu'on appelle les *cognitiones*, dans le sens restreint [5], les cas de cognition prétorienne par opposition aux cas d'action [6], qui se sont aussi appelés plus tard *extraordinariæ cognitiones* [7] : la poursuite d'une telle cognition a pris le nom de *persecutio*, avec un sens spécial (car *persecutio* signifie, dans un sens non restreint, toute voie judiciaire tendant à la réalisation d'un droit [8]), et dans un sens encore plus spécial, de *extraordinaria persecutio* [9]. La formule aquilienne distingue déjà ces trois expressions : *actio*, *petitio*, *persecutio* [10]; elles se trouvent aussi dans la *cautio rem non amplius peti* [11], et dans d'autres circonstances [12]. Ainsi que le disent positivement les jurisconsultes romains [13], *actio* paraît avoir signifié action personnelle, *petitio*, action réelle [14]; quant à *persecutio*, Papinien nous apprend (voyez note 14) qu'elle était ainsi appelée à cause de son but, *rei*

[3] L. 8, 9 D. de off. præsid. (1, 18).

[4] L. 1, § 7, D. de extr. cogn. (50, 13). L. 7 f. de off. proc. (1, 16). Voy. *supra*, § 49, *in fine*.

[5] Ulp. XXV, 12, conf. avec note 9. Suet. Claud. 15. Dans son ouvrage *de cognitionibus*, Callistrate dit que les cognitions, à cause de leur grande diversité, ne peuvent point se diviser en catégories bien distinctes : or, Callistrate comprend, sous le nom de cognitions, non-seulement les *extraordinariæ cognitiones*, mais encore tous les actes quelconques qui ont lieu devant le magistrat, par exemple, les dispositions relatives aux *honores*, aux *munera*, au *quærere de capitali crimine*, à la *res pecuniaria*. L. 5 pr. D. de extraord. cognit.

[6] L. 39 pr. D. de evict. (21, 2). — L. 1, § 2, de R. V. (6, 1). L. 13, § 1, de minor. (4, 4). L. 3, § 3, de lib. exh. (43, 30).

[7] Rubr. D. de extraord. cogn.

[8] L. 18 C. de pignorib. (8, 14).

[9] L. 178, § 2, de V. S. (50, 16). Gaius, II, 278.

[10] L. 18, § 1, D. de accept. (46, 4). § 2 J. qu. mod. ob. toll.

[11] L. 23 D. ratam rem hab. (46, 8).

[12] L. 49 D. de V. S.

[13] L. 28 D. de O. et A. (44, 7). L. 178, § 2, cit. Hugo Rg. p. 580.

[14] Duroi, dans les Archiv. f. civ. Prax. t. 6, p. 434, révoque en doute l'exactitude de cette explication, pour le mot *petitio*. Il est vrai que le mot *petitio* peut, dans le sens le moins restreint, s'appliquer à des actions

persequendæ causa : mais ces trois expressions pourraient aussi ne se référer qu'aux trois manières dont on pouvait procéder depuis la loi Æbutia ; on aurait donné le nom d'action à la procédure par formule, de *petitio* à la procédure devant les centumvirs (une action réelle) ; et de *persecutio* à la procédure devant le magistrat. — Lorsque le magistrat connaît lui-même de l'affaire, la décision qu'il porte en définitive est un décret ; il peut le changer après coup, ce qui ne peut être pour la sentence du juge [15]. Les empereurs et leurs préfets donnèrent aux cognitions extraordinaires une grande extension qui s'accrut insensiblement, à tel point que l'*ordo judiciorum* disparut.

ARTICLE PREMIER. — Des envois en possession.

I. *Venditionis causa* [1].

§ LXXVI. — *Signification et origine des envois en possession* [2].

C'est dans la vente des biens que l'on voit d'abord apparaître le magistrat seul et sans action de la loi. Elle n'avait pas lieu originairement dans l'intérêt privé (voyez § 45, note 26). La plus ancienne *bonorum emtio* fut une *bonorum sectio* [3]. De même que la loi des XII Tables ne permettait pas au créancier de conserver indéfiniment son débiteur en sa puissance, et exigeait qu'il fût vendu *peregre*, par conséquent ordonnait la *sectio* de son *caput* (§ 46), de même les biens du *damnatus et proscriptus* n'appartenaient pas de plein droit à l'état, ils

personnelles : ainsi on dit *si certum petatur.* Mais les expressions *hereditatis petitio*, *servitutum petitio* (Rubr. D. si ususf. pet. 7, 6) ; et le nom de *petitor* donné au demandeur de l'action réelle, prouvent que *petitio* est employé dans le sens restreint indiqué au texte.

[15] L. 14 D. de re jud. (42, 1), et § 153, *in fine*, *infra*.

[1] D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis (42, 5). C. de bonis auct. jud. poss. seu venundandis (7, 72).

[2] Jo. Casp. Heimburg, de origine proscriptionis bonor. ap. Romanos.

[3] Quant à cette expression, voyez les ouvrages cités à la note 17 du § 46, *supra*, et dans Fr. C. G. Stieber, de bonorum emtione ap. veteres Romanos, P. I., Lips. 1827, 8, § 2.

devaient être vendus au nom du *damnatus et proscriptus* (*publice*) et en masse [4]. Ceux qui les achetaient pour ensuite les revendre en détail, appelés pour ce motif *sectores* [5], succédaient au débiteur d'une manière universelle [6] et d'après le droit civil [7]. Il en était de même des biens de celui qui ne payait pas la *litis æstimatio* à laquelle il avait été condamné dans un *publicum judicium* [8]. L'indemnité due aux particuliers pour le dommage souffert par eux était payée proportionnellement (*pro rata*) par les *sectores* [9]. Le tout devait

[4] (Ascon.) ad Cic. Verr. I, 20 : « Sectorem — dicit æstimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui — secutus spem æstimationis suæ bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel ærario vel sociis. » (Ascon.) ad Cic. Verr. I, 23 : « — Sectores — qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias pensitabant singulis, etc. » Ils achètent en masse pour revendre en détail.

[5] Voy. note 4, *supra*. Cic. pro Rosc. Am. c. 29, 31, 33, 36, 43, 51 sq. Philipp. II, 26, 29 sq. Cicéron les appelle aussi *bonorum emtores*, pro Rosc. Am. c. 26, 43, 52; et il appelle la *sectio*, *bonorum emtio*, ib. c. 9 sq., c. 21 sq. Dans une *lex de proscriptione*, on trouve : « ut eorum bona veneant, qui proscripti sunt, etc. » Gaius, IV, 146 : — sectores vocantur, qui publice bona mercantur. — Stieber, p. 3-6.

[6] (Ascon.) ll. cc. les notes suivantes et L. 65, § 12, D. pro socio : « publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad *universorum bonorum* publicationem, si socii bona publicentur, nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur. » Les expressions *bona venire*, *vendi*, *proscribi*, *bonorum emtionem*, *venditionem fieri*, indiquent toujours une vente en masse, une succession universelle, à la différence de *bona distrahi*, *ex bonis aliquid proscribere*, *venire*, qui indiquent une vente partielle, une succession à titre particulier. Conf. Stieber, p. 9 sq. p. 13 sq.

[7] Varro de R. R. II, 10 : « dominium legitimum sex fere res perficiunt — tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit, et note 13, conf. note 17.

[8] Liv. XXXVIII, 58, 60. Cic. pro Rabir. c. 4, in Verr. I, 23 et ib. Asc. : « Repetundarum causa ita se habet, ut si convictus reus sit atque damnatus, pecuniam reddat æstimata lite, hoc est in pretium reductis omnibus furtis : quam summam pecuniæ proscriptis ejus bonis sectores curabant. *Sectores* autem, etc. » V. note 4.

[9] « Proque iis pecuniam pensitabant singulis, » voy. note 4, in fine.

être précédé, ici comme pour le cas de dette privée [10], d'un *ducere* [11]. Pour arriver à la vente, le préteur envoyait les questeurs du trésor en possession des biens du condamné [12], lesquels en faisaient la vente publiquement (*proscribere bona*) *sub hasta*, comme cela se pratiquait, du reste, pour toute aliénation conforme au droit civil faite sous l'autorité du magistrat [13]. Dans les *leges publicorum judiciorum* il y avait des dispositions formelles relatives à cette *proscriptio* [14].

Pour les dettes privées, on procéda ensuite absolument de la même manière ; mais le préteur, au lieu d'accorder la possession et la vente aux questeurs, les accordait aux créanciers. C'est ce qui eut lieu dans plusieurs cas déterminés par l'édit

[10] Voyez Gaius, III, 154, § 8, J. et Theoph. de societ.

[11] Gell. VII, 19. Liv. XXXVIII, 60. Val. Max. IV, 1, § 8.

[12] Liv. XXXVIII, 60. Cic. Verr. I, 20 : « — contra quæstorem sectoremque. » Voyez aussi plusieurs *leges judiciariæ* où il est question d'une *missio in bona* faite *publice*. Voy. Dirksen, Beytræge, p. 202, 203 sv. p. 209.

[13] Comme la *hasta* est le symbole de la propriété quiritaire (§ 15 in fin.), la vente faite sous ce symbole, et en présence du magistrat, transfère la propriété quiritaire, soit que la vente se fasse en masse, comme dans la *sectio*, soit qu'elle se fasse à titre particulier, comme dans la *prædæ sectio* et dans l'*auctio*. La *sectio prædæ* est, en effet, une vente à titre particulier, quoiqu'il semble en être autrement. C'est improprement qu'on l'a appelée *sectio*; Cæs. bell. Gall. II, 23 : « *sectionem* ejus oppidi *universam* Cæsar vendidit ; » Cic. de inv. I, 45, par opposition à la vente d'un objet particulier, Cic. lic. Il en était de même de la vente des prisonniers faite *sub corona*, voyez Varro, lic. : « si præda sub corona emit. » On distingue ici cette vente de celle qui aurait compris toute la *præda* ; alors on l'appellerait *sectio*. Cæs. l. c. III, 16. Stieber, § 5. Dans ces cas, le mot *sectio* n'est employé que parce qu'il y a un ensemble de choses qui est vendu ; c'est une universalité de fait, mais non une *universitas juris*. Enfin l'*auctio* était aussi une vente à titre singulier ; voyez dans Asconius, *supra* note 4, l'opposition entre *auctio* et *sectio*. Les sectores procèdent à l'*auctio* ; voyez aussi Stieber, § 6. Dans l'*auctio* il est fait emploi de la *hasta*, comme dans la *sectio*, mais jamais dans la *bonorum venditio* prétorienne, voy. Stieber, § 7. Quelques auteurs ont bien distingué cette dernière de la *sectio*, mais ils l'ont confondue avec l'*auctio*. Voyez dans Stieber, qui a critiqué tous ses devanciers, la véritable explication.

[14] Voyez note 12, *supra*.

prétorien (§ 77), et fut pratiqué pour la première fois, à ce que l'on rapporte, par un préteur appelé Publilius Rutilius [15], probablement le Publilius Rutilius Rufus qui fut consul en 649 [16]. Les biens alors encore étaient donc vendus en masse et acquis d'une manière universelle, mais seulement en vertu du droit prétorien [17], et d'abord par suite d'une condamnation à une somme d'argent [18]. Car si l'état pouvait faire vendre les biens de son débiteur, au lieu de lui faire subir la perte du *caput*, pleine d'amertume pour le débiteur et vide d'avantages pour le créancier, pourquoi le créancier privé n'aurait-il pas pu recourir au même expédient ? Cette perte du *caput* n'était d'ailleurs presque jamais appliquée par le créancier privé [19], et, du reste, la *bonorum proscriptio* n'en était qu'une servile imitation. Ici, en effet, il y avait préalablement un *ducere* [20], puis, pendant soixante jours, une possession des biens du débiteur; et enfin venait la vente qui également entraînait l'infamie [21]. La loi de la Gaule Cisalpine [22] ne nous apprend rien de nouveau en nous disant qu'il y avait envoi en

[15] Gaius, IV, 35.

[16] Voyez le t. 1, § 75 a, et note 20, de l'histoire de Zimmern.

[17] Gaius, III, 77 sq. IV, 145. Theoph. ad pr. I. de success. subl. — Savigny, dans la Zeits. t. 2, p. 375 et sv. prouve comment on a pu se tromper à ce sujet, avant la découverte de Gaius. Mais voyez C. G. E. Heimbach, de sacrorum privator. mortui continuandor. ap. Roman. necessitate, Lips. 1827, 8, p. 12 sq. conf. avec Pugge, dans le Rhein. Mus. f. Jurispr. II, 1, p. 87 sv. et Stieber, Abh. — Gaius, IV, 80, fait bien sentir la différence entre la *bonorum auctio* produisant des effets civils, et celle qui ne produit que des effets prétoriens, comme l'ont déjà fait remarquer G. F. Puchta dans Erl. Jahrb. t. 4, p. 134 et Pugge, l. c. p. 92.

[18] C'est ainsi que s'expliquent les paroles de Tertullien, mentionnées au § 46, *supra*. Ce qui se pratiquait dans l'origine pour les *damnati* fut étendu aux *judicati* par le préteur; et ainsi fut remplacée la *capitis pœna* tombée en désuétude.

[19] Gall. XX, 1.

[20] Conf. Pugge, l. c.

[21] Tertull. Apol. c. 4 : « — in pudoris notam capitis pœna conversa est, bonorum adhibita proscriptione. » Cic. pro Quinct. c. 8, 9, 13, 15. Gaius, III, 154. La table d'Héraclée, note 25.

[22] L. Gall. Cis. c. 22.

possession, affiche et vente (*possideri*, *proscribi* et *venire*) des biens de celui qui avait reconnu sa dette en présence du magistrat (*confessi*), ou de celui qui avait refusé de se défendre, absolument comme si un jugement avait été rendu contre lui, et, à plus forte raison, dans ce dernier cas [23], après un *duci jubere* préalable. Cicéron mentionne déjà d'autres cas de vente semblable, où il n'y avait pas de *ducere* préalable possible, et précisément à cause de cette dernière circonstance [24]; en outre, la table d'Héraclée excluait, d'une manière générale, des fonctions municipales, entre autres personnes, celui *cujus bona ex edicto — possessa proscriptave sunt, erunt* [25]. — Quant aux causes et à la procédure de la vente des biens, nous avons besoin d'entrer dans quelques détails; c'est ce que nous ferons dans les paragraphes suivants. — On trouve tout cela, avec la *sectio bonorum*, encore dans Gaius, où nous voyons que les *sectores* avaient un interdit spécial *adipiscendæ possessionis*, appelé *sectorium* [26]. Il paraît que, depuis la loi Julia et Papia, l'hérédité, à laquelle avait droit l'*Ærarium*, était également vendue à des *sectores* [27]. Dans la suite, les biens du *damnatus* appartinrent immédiatement au trésor public; toutefois, en ce qui concerne les créanciers, le fisc pouvait encore faire procéder à la vente *per universitatem*, afin de les satisfaire, comme cela avait lieu

[23] Savigny, histoire du droit romain dans le moyen âge, t. 1, p. 83 (Guenoux). Dirksen, Obs. ad l. Gall. Cisalp. semble ne pas admettre cette conséquence.

[24] Conf. Cic. pro Quinct. voy. *infra*, § 77. Cicéron n'eut pas l'occasion de parler du cas le plus simple, celui de l'insolvabilité du débiteur. Il n'avait à s'occuper que du cas d'absence.

[25] Tab. Her. II, l. 41-43.

[26] Gaius IV, 146, conf. avec notes 10 et 17.

[27] Par là s'explique la L. 1, C. de hered. l. act. vend. (4, 39): « æs alienum, hæreditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hæreditariis respondere, certum et absolutum est, » Schweppe Rechtsg. p. 752, note 5. Stieber, p. 5.—Ainsi s'explique aussi pourquoi il n'y avait que cet acheteur d'une hérédité qui pouvait avoir la pétition d'hérédité (utile), L. 54, pr. de hæred. pet (5, 3), Hasse, Archiv. t. 5, p. 38.

quand une hérédité lui était dévolue [28]. Enfin, dans les derniers temps, les biens d'un débiteur insolvable furent de même abandonnés aux créanciers, pour qu'ils pussent s'indemniser *pro rata*; voyez, *infra*, § 81.

§ LXXVII. — *Des diverses missiones* [1].

L'édit offre une lacune relativement à la vente des biens des *judicati* qui ont laissé expirer le délai *legitime* [2] sans exécuter la sentence rendue contre eux. Mais Cicéron nous apprend que les créanciers avaient le droit de faire vendre, conformément à l'édit [3], les biens de celui qui se cachait frauduleusement, ou qui mourait sans héritier, ou qui avait quitté le sol de la patrie pour l'exil, et en général de celui qui, étant absent, ne se trouvait pas défendu [4]; dans tous ces cas, en effet, c'est le

[28] C'est pour cela que le rescrit de Sévère et Antonin est devenu la L. 1, c. cit.

[1] Les divers cas de vente sont indiqués dans Gaius, III, 77; mais ils n'y sont pas placés par ordre chronologique : car la *causa judicati*, qui n'y est placée que la dernière, était la plus ancienne (§ 76) et elle a précédé au moins la loi Julia. Mais, par suite de cette loi, la *causa judicati* a perdu beaucoup de son importance pratique : c'est ainsi que l'on explique pourquoi elle figure en dernière ligne, et pourquoi il n'est même pas fait mention de l'*exilii causa*. — D. quibus ex causis in possessionem eatur (42, 4).

[2] Gaius, III, 77, conf. avec le § précédent.

[3] Cic. pro Quinct. c. 19.

[4] Hotoman prétend avoir trouvé, dans un ancien manuscrit, après ces mots : *qui exilii causa solum verterit*, ces autres mots : « dici id non potest. *Qui absens judicio defensus non fuerit.* Ne id quidem. » Voy. Huschke, Anal. p. 167. Dans tous les cas, Cicéron dit encore : « *reliquum est, ut eum nemo judicio defenderit,* » et il cherche à défendre Quinctius, en soutenant, non pas qu'il ne s'est point caché *fraudationis causa*, mais que quoiqu'il fût *absens*, ce que l'on ne pouvait nier, on ne pouvait pas dire qu'il fût sans *defensor*, Cic. l. c. c. 19, 20, 21, 23. Voyez, du reste, Gaius III, 78 : « qui fraudationis causa latitant, *nec absentes defenduntur.* — Celui qui était attaqué par l'action *in rem*, *neque absens defendatur*, encourait aussi la peine de la *bonorum venditio* : c'est ce que Adrien a décidé dans un rescrit pour le cas d'un *latitare*. Cependant il y eut une opinion plus modérée à ce sujet, d'après laquelle on envoyait seulement en possession du bien litigieux. L. 7, § 16, 17, D. h. t. (42, 4), et § 85, *infra*.

manque de défense qui amène l'exécution [5]. L'édit relatif à celui qui se cachait frauduleusement doit être ainsi complété: « *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendatur, ejus bona possideri vendique jubebo* [6]. » Il ne concernait que ceux qui, présents à Rome [7], cherchaient à échapper à leurs créanciers [8]. En effet, on lit en outre : « *Prætor ait : in bona ejus, qui judicii sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui facit, neque defenderetur, iri jubebo* [9]. » Le préteur dit : « J'enverrai en possession des biens de celui qui, » après avoir fourni un fidéjusseur pour garantir sa présence » pendant le procès, ne s'est présenté ni par lui ni par » autrui. » — Ensuite on trouve ces mots : « *Et ejus cujus bona possessa sunt a creditoribus, veneant, præterquam pupilli, et ejus, qui reipublicæ causa sine dolo malo abfuit* [10]. » — « J'or» donnerai aussi la vente des biens possédés par les créanciers, » à moins que ce ne soient les biens d'un pupille ou d'un citoyen » qui se serait absenté sans dol, pour la république. » — Enfin nous trouvons : « *Si is pupillus in suam tutelam venerit, eave pupilla viripotens fuit, et recte defendatur, eos, qui bona possident, de possessione decedere jubebo* [11]. » — « Si le pupille, dont les » biens sont au pouvoir des créanciers, devient pubère, et » s'il est défendu valablement, j'ordonnerai aux possesseurs » d'abandonner la possession. » — L'interprétation a mis, sur la même ligne que les pupilles, les furieux et les prodigues. Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, dépourvus de défenseurs, elle les a assimilés aux absents. Ainsi, pour le pupille, le

[5] L. 1, D. de negot. gest. (3, 5), et la note 4.

[6] L. 7, § 1, D. h. t. conf. L. 9, C. de bonis auct. jud. (7, 72). — Cic. l. c. c. 23, 27. Theoph. III, 12 pr.

[7] Stieber, p. 41 sq. La L. 7, § 17, D. h. t. distingue bien le *latitans* de l'*absens*.

[8] L. 7, §§ 2-9, D. h. t.

[9] L. 2, pr. D. h. t.

[10] L. 6, § 1, eod. Tab. Her. II, l. 41-43 (ed. Dircks. p. 115). Conf. Paul. v. 56, § 1, 2; L. 6, § 2, D. eod. L. 33 pr. L. 39, § 1, de reb. auct. jud. (42, 5).

[11] L. 5, § 2, D. h. t.

furieux, le prodigue et celui qui s'était absenté pour la république, il n'en était pas comme de celui qui restait sans défense. Le préteur se contentait d'envoyer en possession et n'ordonnait pas la vente. Cependant le préteur pouvait permettre la vente des biens des furieux et des prodigues, en cas de nécessité [12]. Gaius ne parle pas du cas d'exil, mais Papinien en parle encore [13]. Quant aux biens de la succession de celui qui était mort sans héritiers, il était procédé à leur vente dès que ce fait était devenu certain [14]. Pour éviter l'infamie attachée à une telle vente, les insolvables avaient soin de se donner un héritier nécessaire, afin que la vente, si elle avait lieu, fût faite en son nom [15] : mais alors on procédait à la vente des biens héréditaires comme s'ils avaient appartenu à un individu présent; on supposait donc jugement, aveu fait *in jure*, ou *contumacia* du défunt ou de l'héritier [16] : de même les biens de l'adrogé, de ceux qui étaient tombés *in manum* ou *in mancipium*, étaient vendus pour acquitter les dettes faites auparavant, et même les dettes postérieures, du moment qu'ils n'étaient pas défendus contre l'action donnée contre eux aux créanciers *rescissa capitis deminutione*, du moment que celui, sous la puissance duquel ils étaient tombés, ne consentait pas à devenir *dominus litis* [17]. Dans ces derniers cas, on procédait donc à la vente toujours en vertu de l'un des motifs indiqués plus haut, celui résultant du défaut de défense ou du *judicatum*; c'est sans doute pour cela que Gaius, en traitant de la *bonorum emtio*, après avoir parlé de celui qui, *absens non defenditur*, ne s'occupe ensuite que du *judicatus*, et ne mentionne en outre que ceux qui font cession de biens d'après la loi Julia.

[12] L. 3, pr. § 1. L. 7, § 9-12, D. h. t. L. 5, D. de reb. auct. jud.

[13] L. 13, D. h. t.

[14] Gaius, III, 78 f. L. 1, pr. § 1, D. de cur. bon. dand. (42, 7). L. 6, C. de bonis auct. jud. (7, 72). Depuis la loi Julia et Papia, le trésor succède aux biens vacants du solvable, et satisfait les créanciers.

[15] Gaius, II, 154, 155, 158-160, § 1, 2, J. de hæred. qualit. (2, 19). Ulp. XXII, 24. L. 28 D. de reb. auct. jud. L. 1, § 18, de separ. (42, 6).

[16] Conf. aussi Paul. V, 26, § 2.

[17] Gaius, III, 84, IV, 38 et 80.

Nous nous occuperons de la cession de biens dans le paragraphe suivant; disons maintenant quelques mots de la vente des biens du *judicatus*.

Le délai de trente jours accordé par la loi des XII Tables, à ceux qui avaient été condamnés ou qui avaient avoué leur dette devant le magistrat, pour chercher les moyens de satisfaire leur créancier et éviter l'*addictio*, resta le même sous le système formulaire; jusqu'à son expiration, l'action *judicati* ne pouvait être exercée; et, quand on l'exerçait, on n'agissait plus *per manus injectionem*, mais *per formulam*. Ce délai s'appelait *legitimum judicati tempus* [18]. Autrefois le condamné ne pouvait défendre à l'action *judicati* que par une tierce personne appelée *vindex*; mais sous le système formulaire, il pouvait y défendre lui-même, pourvu que, au moment de la *litis contestatio* [19], il donnât la caution *judicatum solvi*. Ce qui se pratiquait pour l'action *judicati* avait également lieu dans l'action *depensi*. Si le fait de l'existence de la condamnation n'était pas contesté, on procédait, après le délai ci-dessus [20], à son exécution [21] : il était permis, par l'édit prétorien, de proroger ce délai jusqu'au double [22]; mais on ne pouvait l'abréger que dans des cas d'urgence [23]. Ce délai et ces modifications du délai ont donné lieu à cette expression de Gaius: « *partim lege XII Tabularum*, *partim edicto prætoris* [24]. » Après ce délai et avant de procéder à la vente des biens, le

[18] L. 2, L. 4, § 5, L. 7, L. 31, D. de re jud. (42, 1). L. 1, C. de usur. rei jud. (7, 54). Conf. *infra*, § 126.

[19] Gaius, IV, 25 f. conf. avec § 138, *infra*.

[20] Le 2, 31, D. cit. L. ult. C. de usur. rei jud.

[21] L. 16, D. de comp. (16, 2).

[22] Arg. L. un. C. Th. de usur. rei jud. (4, 19): « Qui post judicii finem, exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum nonnunquam est concessa dilatio, etc. » La leçon « *per legis solutionem* » ne devrait peut-être pas être rejetée; car elle pourrait signifier la libération accordée par le préteur, du terme rigoureux fixé par la loi des XII Tables.

[23] L. 2, D. de re jud.

[24] Gaius, III, 78. Il en était de même pour l'action *in rem*; car ici aussi la condamnation était pécuniaire, et par conséquent la *judicati obligatio*

condamné était, encore jusqu'aux temps les plus récents, *addictus*, conduit à la maison de son créancier pour y être emprisonné, et quelquefois chargé de fers [25]; toutefois cette rigueur n'avait probablement lieu régulièrement que pour le cas de *credita pecunia ;* pour les autres cas on n'y recourait que subsidiairement, à défaut de biens [26]. Depuis la suppression de la *manus injectio*, on procédait au *ducere* du débiteur *extra ordinem*, il n'était pas besoin pour cela de la nomination d'un juge; il était nommé dans l'action *judicati* pour décider s'il y avait eu jugement, et non pour s'occuper de l'exécution de ce jugement [27]. La vente des biens remplaçait la vente du

avait pour objet une somme d'argent. Voy. aussi Arg. L. Gall. Cisalp. c. 22, l. 32 et Stieber, p. 50, sq.

[25] Conf. *supra*, § 47, note 6. Quant à l'époque récente, voyez Gell. XX, 1 sub. fine. « Le débiteur n'est plus coupé en morceaux, mais *addici nunc et vinciri multos videmus.* » Licinius Rufinus, L. 34, D. de re jud. dit: « Si victum vel stratum inferri quis judicato non patiatur. » — Gaius, III, 199, parle du *judicatus vel auctoratus meus subreptus* (quant à l'*auctoratus*, c'est-à-dire, celui qui s'était loué pour les luttes des gladiateurs, conf. Dircksen, obs. ad Tab. Heracl. part. alter. p. 93, sq.). V. Ulpien, L. 23, pr. D. ex quib. caus. maj. (4, 6). Paul. V, 26, § 2, et les passages de Quintilien indiqués au § 45 *supra*, note 28. Alexandre Sévère fait encore la remarque que la cession de biens empêche « *ne judicati detrahantur in carcerem*, » L. 1, C. qui bon. ced. (7, 71). La L, 1, C. Th. qui bonis ex l. Jul. (4, 20) parle d'une voie d'exécution *congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate.* Et enfin Justinien, L. ult. C. qui bon. ced. mentionne la *bonorum cessio*, comme ayant lieu *salva existimatione et omni corporali cruciatu semoto.* — Voyez aussi la novelle 135, c. 1.

[26] Heffter, Inst. p. 551, note 17, a cherché à expliquer de cette manière la difficulté, remarquée depuis longtemps par Hugo (Magaz. t. 2, p. 494) résultant de ce que la loi de la Gaule Cisalpine, c. 22, « *præter* pecuniam certam creditam, » ne parle que de la *proscriptio bonorum.* Au reste, s'il y a un autre *judicium* « *uti de pecunia credita* » qui peut être donné, Tab. her. 1, l. 45, il ne faut pas croire qu'il s'agisse d'une *actio judicati*, mais d'une action ordinaire pour une *sponsio* faite au sujet d'une action naissant d'un prêt. Voy. *supra*, § 58.

[27] L'exécution du jugement, en effet, ne pouvait appartenir qu'au magistrat, L. 15, pr. D. de re jud. Lorsqu'on appliquait la *manus injectio*, il n'y avait pas non plus de *judex*.

débiteur (*capitis pœna*); aussi avait-elle pour effet de le couvrir d'infamie, de le faire considérer comme déchu d'état (*capite minutus*); aussi ne lui donnait-on [28] et ne donnait-on contre lui [29] aucune action civile pour ce qui s'était fait avec lui avant la vente (*nulla actio civilis ex ante gesto*). Lorsqu'il avait acquis de nouveaux biens, on pouvait demander qu'ils fussent encore vendus; mais cette demande était un *postulare*, et non une nouvelle action; c'était la mise à exécution de l'ancien jugement [30]. Quant à l'héritier nécessaire, on lui a permis de ne laisser vendre que les biens qu'il tenait de l'hérédité [31]; mais, dans ce cas, il encourait l'infamie; il ne pouvait y échapper peut-être qu'en invoquant le bénéfice de la loi Julia, celui de la cession de biens, et par conséquent en laissant vendre même ses propres biens [32].

[28] L. 40, D. de op. libert. (38, 1). L. 4 de cur. bon. dand. (42, 7).

[29] L. ult. D. quæ in fraud. cred. (42, 8). Mühlenbruch, Observ. p. 15-18. Schweppe, Rg. § 592.

[30] Ainsi se concilie Gaius, II, 155 f. avec la L. ult. § 7, D. cit. Car on n'exclut que les créanciers qui se sont fait connaître trop tard; ils ne peuvent trouver de ressource que dans la restitution en entier.

[31] Gaius, II, 155, § 1, J. de hered. qual. (2, 19). L. 1, § 18, D. de separ. (42, 6). Quant à l'expression « *propter contractionem* » de Gaius, voyez Dirksen, Beytræge, p. 292-294. (Au concours de Paris, de 1837, où ont triomphé fort glorieusement MM. Valette et Oudot, nous avons donné une explication de cette expression « *propter contractionem*, » sans avoir pu consulter Dirksen, que nous n'avons pu nous procurer alors, et dont nous ne connaissons pas même aujourd'hui l'opinion. La voici : « Si l'héritier nécessaire négligo la séparation des patrimoines, et laisse par conséquent ses biens personnels *se confondre* (*propter contractionem*) avec ceux de l'hérédité, ils seront vendus avec eux; mais une fois le tout vendu, s'il en acquiert de nouveaux dans la suite, les créanciers ne pourront pas les faire vendre encore; car l'on ne pourra plus prétendre qu'ils se sont confondus avec ceux de l'hérédité, qui n'étaient plus dans ses mains lorsqu'il a acquis ces derniers. » E).

[32] Le pouvait-il? c'est une question; car la loi Julia faisait des exceptions, et Gaius ne parle que du cas de vente avec ignominie. Au reste, ce bénéfice peut avoir été accordé à l'héritier nécessaire avant la loi Julia ou depuis.

§ LXXVIII. — *Continuation.* — *De la cession de biens.*

La loi des XII Tables permettait déjà aux débiteurs de prendre un arrangement avec les créanciers; naturellement il dut en être ainsi plus tard [1]. Un héritier institué, avant de faire addition de l'hérédité d'un insolvable, s'entendait aussi ordinairement avec les créanciers héréditaires [2], afin d'épargner au défunt la honte de mourir sans héritier qui voulût accepter [3]. On était même arrivé à ce point que la majorité faisait loi à la minorité, même au fisc, comme le prescrivait un rescrit d'Antonin le Pieux, ainsi qu'aux autres privilégiés; on n'en exceptait que les créanciers hypothécaires [4]. Un rescrit de Marc-Aurèle régularisa toute cette matière; il voulut que les créanciers fussent réunis pour délibérer [5], et décida que tout traité particulier serait nul [6]. Si les créanciers ne pouvaient pas tomber d'accord, intervenait un décret du préteur, qui statuait à ce sujet, et ce décret liait même les absents. Le préteur toutefois devait suivre l'avis de la majorité; or cette majorité se déterminait d'après le montant des créances; quand ces créances présentaient, de part et d'autre, une égalité en valeur, le nombre des créanciers faisait pencher la balance; et s'il y avait aussi égalité de créanciers, la préférence appartenait à la dignité des votants; et enfin, s'il y avait encore égalité sous ce rapport, le préteur devait se rendre à la voix de l'humanité [7]. L'usage s'introduisit aussi d'accorder un délai à un débiteur qui affirmait par serment son insolvabilité [8]; et quelquefois les créanciers étaient forcés

[1] Voy. *supra*, § 46, note 13. Apulei. Apolog. c. 2 et *infra*, note 10.

[2] L. 7, § 17, 18. L. 44, D. de pact. (2, 14). L. 23, D. cit.

[3] L. 23, D. quæ in fraud. (42, 8).

[4] L. 10, pr. D. de pact.

[5] L. 10, pr. D. cit. L. 7, § 19 de pact. L. 23, D. cit.

[6] L. 7, § 19, cit. « *Hodie* tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, etc. »

[7] L. 7, § 19, L. 8, L. 9, pr. § 1, 2, D. de pact.

[8] Voy. note 10.

d'accepter l'abandon de ses biens [9] ; toutefois cette ressource du débiteur ne s'établit pas sous Sylla [10] comme un bénéfice per-

[9] Voy. *supra*, § 47, note 2.

[10] L'opinion communément adoptée, que ce bénéfice fut établi d'une manière permanente sous Sylla, repose sur un passage de Varron, L. L. VII, 5, où, après ces mots : « Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dabat, dum solveret nexus vocatur, ut ab ære obæratus, » on lit ensuite : « Hoc C. Popilio rogante (Augustin. Vertran. à la place de C. P. *vocare*, v. Spengel, p. 383) Sylla dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurarunt (ou *jurarent*), ne essent nexi, dissoluti. » Plusieurs antiquaires attribuent ce passage à la loi Petilia Papiria, en changeant le mot *Popilio*, et en considérant comme une interpolation les mots *Sylla dictatore*, voy. Hérald, de rer. jud. auct. II, 25, § 2, dans Otto, thes. t. II, p. 1283, Bach. h. j. p. 143. Mazochi, ad Tab. Heracl. p. 431, sq. Mais d'autres ont rejeté ces changements du texte de Varron ; tels sont Dabelow, Concurs, p. 107-112 ; et Dircksen, ad Tab. Heracl. p. 109. — Ensuite Vertranius, au lieu de *jurarent*, veut lire *ejurarent* ; en effet, d'après Cic. ad div. IX, 16 et Fest. v. *Ejuratio* significat id, quod desideretur, non posse præstari. Enfin la Table d'Héraclée, II, l. 39-41, énumère, parmi ceux qui ont perdu leur honneur : « Qui bonam copiam juravit, juraverit ; qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit, renuntiaverit, se solidum solvere non posse, aut cum eis pactus est, erit, se solidum solvere non posse ; prove quo datum, depensum est, erit ; cujus bona ex edicto, — possessa, proscriptave sunt, erunt. » Ce passage signifie que ne peut être poursuivi par les créanciers, 1° celui qui a affirmé par serment son insolvabilité ; 2° celui qui a transigé avec eux ; 3° celui qui a trouvé un *vindex* ; 4° celui qui a été obligé de subir la *bonorum proscriptio*. Voyez d'autres explications dans Mazochi, p. 431, sq. dans Marezoll, p. 142, sq. (lesquels distinguent *jurare* de *ejurare*), et dans Dirksen, p. 101, sq. (qui regarde ces deux expressions comme synonymes). Mais il paraît que, dans le passage de la Table d'Héraclée, il faut bien lire *ejurarent*, au lieu de *jurarent*. Voyez aussi v. Hasselt, de legis action. p. 200, sq.). Il paraît, d'après cela, qu'il y avait des déclarations par serment, comme il intervenait des transactions. Mais il ne suit pas de là que les créanciers étaient obligés d'y souscrire. Quant à Varron, il peut fort bien avoir confondu les dispositions de la loi Petilia avec l'usage de l'*ejurare*, ou n'avoir eu devant les yeux qu'une loi de circonstance. Il n'est pas du tout question ici des *addicti*.

manent [11]; mais seulement par suite d'une loi Julia [12], probablement la loi *judiciaria* d'Auguste [13]. Quand les débiteurs, condamnés ou *confessi* [14] avaient, par une déclaration solennelle, abandonné leurs biens à leurs créanciers, on les vendait; cette vente, à la vérité, n'affranchissait pas d'une vente ultérieure pour les biens acquis depuis, si le préteur jugeait équitable d'y faire procéder [15]; mais n'entraînait plus la déchéance d'état. Les avantages de la cession de biens étaient donc [16], 1° que le débiteur n'était pas emprisonné [17]; 2° que la vente n'entraînait pas l'infamie [18]; 3° qu'à chaque action exercée en vertu d'une créance antérieure, le débiteur pouvait opposer l'exception *nisi bonis cesserit;* — cette exception pouvait même, d'après l'opinion des Sabiniens, admise ensuite, être opposée aux créanciers qui n'avaient pas encore actionné [19], dont l'action, par conséquent, se serait trouvée éteinte s'il s'était agi d'une autre *venditio;* 4° enfin que le débiteur n'était plus ensuite condamné que *quantum facere*

[11] L. 1, 4, C. h. t. C'était, sans doute, un *flebile adjutorium*, ou un *miserabile auxilium*, comme le dit Justinien L. 7, 8, C. (7, 71).

[12] D. de cessione bonor. (42, 3). C. qui bonis cedere possunt (7, 71). C. Th. qui bonis ex lege Julia ced. poss. (4, 20). Quant à la littérature, voyez au § 45 *supra*, note 1, et Hugo, Rg. p. 700, l. 17, p. 877.

[13] On n'est pas d'accord sur la question de savoir si cette loi doit être attribuée à César ou à Auguste. Voy. Dabelow, p. 112 et suiv. C. G. Ulbricht, de cessione bonor. sec. jus Rom. et Sax. Lips. 1826, 4, § 1.

[14] L. 8, D. h. t. où il faut mettre *non*.

[15] L. 1, C. cit. L. 6, 7, D. eod. L. 3, C. de bonis auct. jud. (7, 72).

[16] La plus grande confusion se trouve à ce sujet dans J. L. E. Püttmann, de cessione bonorum contumeliosa, Lips. 1781, dans opusc. jur. crim. p. 163, sq.

[17] L. 1, C. cit.

[18] L. 11, C. ex quib. caus. inf. (2, 12). L. ult. init. C. h. t. Par conséquent la cession de biens elle-même ne rend pas infâme. Marezoll, über bürg. Ehre, p. 199.

[19] L. 4, § 1, D. h. t. L. 3, C. de bonis auct. jud. (7, 72). § 4, J. de replicat. L. 17, pr. D. de recept. (4, 8).

potest [20]. Mais de même que, avant et depuis la loi Julia, le traitement exercé contre l'*addictus* était plus ou moins dur, suivant que son insolvabilité provenait de mauvaise conduite ou d'infortune [21], de même il est probable qu'on n'accordait le bénéfice de cession qu'à ceux auxquels on n'avait à reprocher ni délit ni folle dissipation [22]. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut expliquer pourquoi Gaius parle encore de la vente des biens

[20] L. 4, pr. D. h. t. § ult. J. de act. On a jusqu'ici confondu l'exception *nisi bonis* avec le bénéfice de compétence; voyez Thibaut, civ. Abh. n° XVI.

[21] Sen. de benef. VII, 16 : « Quid tu tam imprudentes judicas majores nostros fuisse, ut non intelligerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum qui pecuniam quam a creditore acceperat, libidine aut alea absumsit, et eum qui incendio aut latrocinio aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit? » Conf. L. 1, C. Th. h. t. Gell. XX, 1 : « Addici nunc et vinciri multos videmus, *quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt.* » Quant aux *decoctores*, voyez Cic. Phill. II, 18. Suet. Octav. 40. Spart. Hadr. 18. — Otto, comm. ad Inst. IV, 6, fin. Dirksen, obs. ad leg. Gall. Cisalp. p. 54.

[22] Arg. L. 51, pr. D. de re jud. (42, 1). L. 25 f. D. quæ in fraud. cred. (42, 8). L. 1, C. Th. h. t. Marezoll, l. c. p. 198. Ulbricht, l. c. p. 16, sq. Aux documents retrouvés depuis peu appartient un édit rendu à Alexandrie, sous le règne de Galba, par Tiberius Alexander, alors préfet d'Egypte, dont le but était de faire disparaître des abus qui s'étaient introduits dans l'administration de cette province. Voyez à ce sujet Schrader, dans la krit. Zeits. I, 2, p. 129 et suiv. et Rudorff, dans le rhein. Mus. f. Philolog. II, 1, p. 64 et suiv. 2, p. 133 et suiv. Dans cet édit (l. 15, sqq.) il est défendu aux employés du fisc d'invoquer les priviléges du fisc pour leurs propres créances, et pour celles qu'ils se sont fait céder par d'autres créanciers. Il ne permet plus l'emprisonnement comme moyen d'exécution que pour les créances fiscales. Rudorff, p. 165 et suiv. Diodore, I, 79, nous apprend aussi que de tout temps, en Egypte, la liberté des débiteurs devait rester sans atteinte. Mais il se réfère à une Θεοῦ Σεβαστοῦ βούλησις (cela ne peut être qu'une constitution impériale) en disant que les débiteurs, à moins qu'ils ne fussent κακοῦργοι, devaient être à l'abri de toute contrainte personnelle (les mêmes expressions se retrouvent à peu près dans Liv. VIII, 28). Schrader pense que cet édit a introduit la loi Julia en Egypte; mais ce sont de véritables constitutions impériales qui ont étendu aux provinces l'application de la loi Julia, v. note 23; et il n'est pas question là de cession de biens. Il est

du *judicatus*, en la distinguant de celle qui était la conséquence de la loi Julia, et comment il se faisait que l'on employât encore les *privata vincula* depuis que les constitutions impériales avaient étendu la loi Julia aux provinces [23]. — Le fisc spécialement a toujours conservé contre la personne de ses débiteurs des moyens d'exécution très-durs [24]. Dioclétien déclara illégal [25], et Justinien prohiba [26] l'abus, qui se renouvelait de temps à autre, d'abandonner ses enfants à ses créanciers.

§ LXXIX. — *Procédure de la bonorum emtio* [1].

Par un seul et même décret [2], le magistrat accordait la possession sur la demande d'un [3] ou de plusieurs créanciers (par conséquent *in rem;* car « *cum creditores rei servandæ causa in possessionem mittuntur — is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet* [4] »); il ne l'accordait d'abord que *rei servandæ*

donc plus raisonnable d'admettre avec Rudorff (p. 163 et suiv.) qu'une constitution d'Auguste (cette Σουλησις) n restreint cette liberté illimitée des débiteurs, en se référant à la loi Julia, et que cette restriction a frappé les mauvais sujets.

[23] Ces constitutions ne datent pas seulement de Dioclétien, car cet empereur ne fait qu'énoncer ce qui est, dans la L. 4, C. h. t. conf. Spanhem. orbis Rom. Ex. II, c. 25, p. 183, sqq. ed. Heinec.

[24] L. 0, § 6, D. ad leg. Jul. pec. (48, 13). — « Corpus retinendo. » L. 1, C. Th. h. t. L. 2, 7, C. Th. de exact. (11, 7), L. 4, C. Th. de fisci debit. (10, 16). Arg. Tacit. A. IV, 6 fin. conf. Jac. Gothof. ad L. 1, C. Th. cit. Sur l'Egypte, voy. note 22, et Amm. Marc. XX, 11, p. 157 ed Lindenbr. Rudorff, p. 164.

[25] L. 12, C. de O. et A. (4, 10) (v. Heffter, Inst. p. 551, note 20) avec Ambros. in Tobiam, c. 8: « Vidi ego miserabile spectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci, etc. »

[26] Nov. 134, c. 7

[1] Stieber, Diss. cap. 3.

[2] Gaius, III, 79 — jubet ea prætor per dies continuos XXX *possideri et proscribi.* Cic. pro Quinct. c. 6 : « Postulat à Burrieno prætore Nævius, ut ex edicto bona possidere liceat. » « Jussit bona proscribi. » Stieber, p. 58 sq.

[3] Comme dans le discours de Cicéron, sur la demande de Nævius.

[4] L. 5, § 2, D. ut in poss. leg. (36, 4). — L. 12, pr. de bon. auct. jud. (42, 5). L. 5, D. de cur. bon. dan. (42, 7).

causa [5]; il permettait en outre, par ce décret, la *proscriptio*, c'est-à-dire, de faire annoncer la vente; cette annonce avait lieu [6], pour la vente comme pour d'autres circonstances, par affiches publiques (*libellus* [7], *titulus* [8], *album* [9]). Ce décret n'était rendu [10], *causa cognita*, le plus souvent qu'après des délais et des avertissements répétés [11]. La possession, qui en était la conséquence, n'était pas une possession juridique [12]; elle demeurait *custodiæ causa* jusqu'à la vente [13]: elle durait trente jours lorsqu'il s'agissait des biens d'un vivant, et quinze jours seulement [14] si elle avait pour objet les biens d'un défunt. Toutefois la vente n'était pas une conséquence inévitable de cette possession; car, quoique l'envoi en possession fût conforme à l'édit [15], le débiteur pouvait encore être défendu, pourvu qu'il donnât une *satisdatio judicatum*

[5] V. L. 1, L. 7, pr. L. 14, § 2, D. quib. ex cons. (42, 4), et les cas du § 77, dans lesquels il n'est accordé d'abord qu'une possession intérimaire; la vente ne doit pas encore alors avoir lieu: il n'y a que lorsque le débiteur *latitat*, que la vente peut être accordée immédiatement. L. 21, § 2, D. ex quib. caus. maj. (4, 6). Stieber, p. 29 sq.

[6] Conf. Brisson. v. *proscribere*, et selectæ antiquit. III, 8.

[7] Cic. l. c. 6 « libellos-procurator Quintii dejicit, » c. 19, c. 20.—Sen. benef. IV, 12.

[8] Plin. ep. VII, 27.

[9] Tab. Her. I, v. 15, 18. Mazochi, p. 309.

[10] Cic. l. c. c. 16: « Prætores, ut considerate fieret, comparaverunt. — Timide et pedetentim istuc descendunt, vi ac necessitate coacti, inviti, multis vadimoniis desertis, sæpe illusi ac destituti. » Conf. supra, note 5.

[11] Il fallait attendre si des amis ne viendraient pas au secours du débiteur. L. 22, D. ex quib. caus. maj. (4, 6).

[12] L'opinion de Qu. Mucius est déjà blâmée dans la L. 3, § 23, D. de poss. (41, 2). Conf. L. 10, § 1 eod. L. 3, § 8, D. uti poss. (43, 17). Savigny, de la Possession, 5e édit. p. 283.

[13] Voy. notes 5 et 12; et la L. 3, pr. D. quib. ex caus. (42, 4). L. 21, § 2, ex quib. caus. maj. (4, 6). — D'après Cicéron pro Quinct. c. 27, le préteur avait rendu sur cette possession intérimaire un édit ainsi conçu: « *qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit.* »

[14] Gaius, III, 79. Voy. Cic. l. c. c. 8, c. 26.

[15] Cicéron veut démontrer que la possession n'a point été accordée d'après

solvi [16], et la vente se trouvait ainsi arrêtée [17]. Il paraît même que, lorsque le préteur avait envoyé en possession par suite d'une cession de biens faite solennellement [18], le débiteur pouvait encore, jusqu'à la vente, rétracter sa déclaration et se défendre [19].

Lorsque le délai ci-dessus était expiré, les créanciers, sur une nouvelle décision du préteur, choisissaient un *magister*, espèce de syndic [20], par lequel la vente devait être faite [21], et convenaient de la *lex bonorum vendendorum*. — On ne doit pas confondre ce *magister* [22] ni avec le curateur à qui le préteur confiait [23] quelquefois, *causa cognita*, l'administration de certains biens qui ne devaient pas être vendus, ou qui ne devaient pas encore l'être, ni avec le curateur *bonis distrahendis*, qui a paru plus tard seulement pour prendre la place du *magister* [24]. — Celui-ci, choisi par les créanciers

l'édit, par cette considération que, si son client était absent, il n'était cependant pas sans défense.

[16] Cic. l. c. c. 8. L. 33, § 1, D. de reb. auct. jud. (42, 5).

[17] Si ce n'était pas pour ce motif qu'il y avait un délai jusqu'à la vente, on ne concevrait pas pourquoi le délai était plus court lorsqu'il s'agissait de la vente des biens d'un défunt. V. Gaius, IV, 79 f. L. 33, § 1, cit. Pügge, l. c. p. 88 et suiv.

[18] Arg. L. ult. D. de cess. (42, 3). L. 2, C. Th. L. 6 C. qui bonis ced. conf. Jac. Gothof. ad L. 2, C. Th. cit. La cession de biens avait peut-être lieu par une *cessio in jure*. Voy. § 86, note 12, *infra*.

[19] L. 3, 5, D. de cess. (42, 3).

[20] L. 14, D. de pact. (2, 14). Conf. L. 57, D. de V. S.

[21] Gaius, III, 79. Théoph. III, 12 pr. — Cic. pro Qu. c. 15. Cic. ad Att. I, 1 : — is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent. » Ibid. VI, 1 : « — de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. » — Quinct. I. O. VI, 3, § 51.

[22] Merill. Obs. v, 38. Si celui-ci va trop loin, on ne peut cependant pas admettre avec Bynkershœck, Obs. VII, 14, que du temps des jurisconsultes des Pandectes, il n'y avait que des curateurs. Voy. notes 21 et 24.

[23] L. 6, § 2. L. 8, D. quib. ex caus. (42, 4). L. 1, § 1, de cur. bon. dand. (42, 7), et *infra*, § 80.

[24] Dans plusieurs passages des Pandectes de Justinien, on trouve *curator* là où évidemment devrait être *magister*; et souvent aussi le mot *distrahere* au lieu de *vendere*. Conf. *infra*, § 80, et Stieber, p. 63.

et ordinairement parmi eux [25], prêtait serment de remplir fidèlement la mission qui lui avait été confiée [26]; il n'avait aucun compte à rendre aux créanciers qui n'avaient pas pris part à son élection; mais ceux-ci avaient le droit de participer au prix de la vente [27]. Si plusieurs *magistri* avaient été élus [28], ils étaient solidairement responsables [29]; celui qui *nihil attigit* [30], du moins d'après l'opinion de Cassius, l'était comme les autres; mais nul n'était obligé d'accepter ces fonctions [31]. Dans la *lex vendendorum*, que l'on rendait publique, on avait le soin d'insérer les charges qui devaient être imposées à l'acheteur [32]. Après un nouveau délai de trente jours (ce qui, avec le premier, forme les soixante jours de la loi des XII Tables) s'il s'agissait des biens d'un vivant, de quinze jours s'il s'agissait des biens d'un défunt [33] (pendant lesquels on faisait proclamer la vente par des *præcones* [34]), le préteur adjugeait les biens au plus offrant [35]. L'acheteur toutefois n'offrait pas une somme fixe, il s'engageait à payer à tous les créanciers un dividende, au marc le franc [36]. A offres égales de la part d'un créancier et d'une

[25] Gaius, III, 79. L. 9, pr. D. ex quib. caus. Il n'était pas nécessaire que le *magister* fût choisi parmi les créanciers, L. 2, § 4, D. de cur. bon. dand. Merill s'égare en prétendant que le *magister* était choisi par les créanciers, et le curateur par le préteur. « Ex consensu majoris partis creditorum. » L. 2, p. D. de cur. bon. dand.; car dans toute cette loi, il n'est question que du *magister*.

[26] Cic. ad div. XII, 30 : — a magistris cum contenderem de proferendo die, probaverunt mihi sese, quominus id facerent, et compromisso et jurejurando impediri. »

[27] Arg. L. 5, D. de cur. bon. dand. et *supra*, note 4.

[28] Cic. ad div. l. c. L. 2, pr. § 2, D. eod.

[29] L. 3, eod.

[30] L. 2, § 5, D. eod.

[31] L. 2, § 3, § 5 f. eod.

[32] Theoph. l. c. Cic. pro Qu. l. c. : « — qui (magistri) qua lege et qua conditione pareat (debitor) pronuntient. »

[33] Il faut évidemment mettre XV au lieu de XX, dans Gaius.

[34] Cic. pro Qu. c. 15.

[35] Gaius et Theoph. ll. cc.

[36] Conf. Theoph. l. c. avec § 80, *infra*.

personne qui ne l'était pas, on préférait le premier : s'ils étaient tous deux créanciers, la préférence appartenait à celui dont la créance était la plus forte; après les créanciers, dans le cas de concours d'un enchérisseur quelconque et d'un enchérisseur parent, ce dernier était préféré [37].

§ LXXX. — *Des effets de la vente en masse.*

Le créancier, qui a été envoyé en possession, ne peut rien s'attribuer au détriment des autres créanciers, ni même du débiteur; mais aussi il a le droit d'être indemnisé des dépenses qu'il a faites. C'est pourquoi le préteur accorde une action *in factum* à l'envoyé en possession, pour son indemnité, et en accorde une contre lui *ad quem ea res pertinet* [1], pour les avantages qu'il a pu retirer de cette possession, ou pour les dommages résultant de son dol : or par cette expression *ad quem ea res pertinet*, on doit entendre le *magister* élu pour procéder à la vente en masse, ou le débiteur lui-même, s'il est parvenu à empêcher la vente [2].

Le *magister* prend la place du débiteur, il exerce ses actions *utiliter* et est actionné aussi *utiliter;* celui qu'il déléguerait pour le remplacer, serait son délégué personnel et non celui du débiteur [3]. Mais une fois les biens adjugés, l'acquéreur prend à son tour la place du débiteur, il lui succède d'après le droit prétorien; de sorte qu'il a *in bonis* les biens acquis par lui, qu'il exerce les droits du débiteur *utiliter*, et est actionné par les créanciers *utiliter*, toutefois

[37] L. 16, D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. 60, de pact. (2, 14). Klenze, Zeits. f. Gesch. Rw. t. 6, p. 73 et suiv.

[1] L'édit s'exprime ainsi, d'après la L. 9 pr. D. de reb. auct. jud. : « *Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei ad quem ea res pertinet non restituat : sive quod impensæ sine dolo fecerit, ei non præstabitur : sive dolo malo ejus deterior causa possessionis facta esse dicetur : de ea re judicium in factum dabo.* » Voy. L. 9, § 1 et sq. L. 10 sqq. D. eod.

[2] L. 9, § 3 sqq. eod.

[3] L. 2, § 1, 2, D. de cur. bon. dand. les mots *cujus bona veneant* prouvent qu'ici il s'agit d'un *magister*.

seulement *pro rata* [4]. L'action utile (*in personam*) qui lui compète est la Rutilienne, la plus ancienne, si c'est Rutilius qui a introduit la *bonorum venditio* (§ 76), ou une Servienne. Il a la première, quand il agit comme s'il était le procurateur du débiteur ; la seconde, quand il agit comme s'il était son héritier : ici par conséquent on feint qu'il est héritier [5] ; dans l'autre cas, l'*intentio* de la formule est au nom du débiteur, mais la *condemnatio* est au nom du *magister*. Ainsi l'action Rutilienne était donnée à l'acquéreur des biens d'un vivant, et la Servienne à l'acquéreur des biens d'un défunt ; il fallait bien que cette dernière fût feinte ; car l'*intentio* de la formule ne pouvait être conçue au nom d'un défunt (*mortuo nihil dari oportet*) : elle doit son origine à un préteur Servien [6]. L'adjudicataire avait encore, si c'était un *sector bonorum*, un interdit appelé *sectorium ;* et, si c'était un autre *bonorum emtor*, un interdit *adipiscendæ possessionis* [7]. Ces deux interdits avaient pour but de faire acquérir à l'un ou à l'autre la possession des objets adjugés. Quant aux actions qui compétaient aux créanciers contre l'adjudicataire, comme émanant de l'édit du préteur, elles ne pouvaient être que personnelles [8] : pour les réelles, en effet, l'édit du préteur était inutile : car l'acquéreur ne pouvait obtenir les biens que *cum onere ;* ceux qui étaient propriétaires pouvaient donc revendiquer depuis comme avant la vente ; comme tels ils avaient un droit de séparation de patrimoines (*a creditoribus separantur*) [9] ; et les hypothécaires antérieurs à l'envoi en possession devaient aussi naturellement être préférés à ceux qui avaient obtenu,

[4] Gaius, III, 80, 81. IV, 35. Theoph. l. c. L. 2, § 1, D. cit.

[5] Gaius, IV, 35. Conf. § 156, *infra*.

[6] Pügge, l. c. p. 93, explique cela, au contraire, en disant que l'action Servienne ne pouvait être relative aux biens d'un vivant.

[7] Gaius, IV, 145, 146.

[8] L. 10 init. C. de bonis auct. jud. (7, 72). L. 10 pr. D. de pact. Heffter, Inst. p. 567, semble être d'une autre opinion, au moins en partie. Quant au créancier hypothécaire, il ne peut empêcher le débiteur d'aliéner *generaliter*.

[9] L. 24, § 2, D. de reb. auct. jud.

par cet envoi en possession, un gage prétorien (§ 85), ainsi qu'à toutes les créances personnelles munies d'un privilége [10] : la conséquence de ces priviléges ne pouvait être qu'un droit de préférence sur les simples créanciers chirographaires, lesquels ne pouvaient réclamer un dividende que lorsque les privilégiés étaient entièrement satisfaits. Parmi les privilégiés il pouvait aussi exister un droit de préférence ; mais ce droit de préférence résultait de la qualité de la créance et non d'une date [11].

§ LXXXI. — *De la vente en détail* (*distractio bonorum* [1]).

On a pu de tout temps, avant de procéder à l'élection du *magister*, ou même après y avoir procédé [2], nommer un curateur pour l'administration provisoire des biens. Mais, d'après un sénatus-consulte, connu de Gaïus, de Neratius et des *divins frères*, lorsque le débiteur était une *clara persona*, ses biens n'étaient pas vendus en masse, et il n'y avait pas lieu, par conséquent, de procéder à l'élection d'un *magister* : le préteur, dans ce cas, nommait un curateur chargé de vendre en détail (*curator distrahendorum bonorum gratia*), pour arriver à satisfaire les créanciers autant que possible, et sans qu'il y eût de honte pour le débiteur (*ut honestius ex bonis ejus, quantum potest, creditoribus solveretur*) [3] ; cette vente n'entraînait donc pas l'infamie, la déchéance d'état : cependant Antonin et Verus décidèrent par un rescrit que le débiteur, après la vente en détail de ses biens, n'aurait aucune action pour les engagements contractés envers lui auparavant (*bonis per curatorem Sto distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere*) [4].

[10] L. 9 C. qui pot. in pign. (8, 18).
[11] L. 32 D. de reb. auct. jud. L. 6. f. C. eod. (7, 72).
[1] D. de curatore bonis dando (42, 7).
[2] L. 1, § 1, h. t. — curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda. L. 14 pr. de reb. auct. jud.
[3] L. 5 D. de curat. fur. (27, 10). Conf. L. 9 eod. L. 4 D. h. t.
[4] L. 4 D. cit.

Il paraît que, dans d'autres cas encore, le sénat accordait aux créanciers le choix entre vendre en masse (*vendere*) et vendre en détail (*distrahere*); mais une fois le choix fait, ils ne pouvaient plus varier [5].

Lorsqu'il y avait eu vente en détail, ce qui restait, après les créanciers payés, appartenait au débiteur [6]. L'action *in factum* était aussi donnée pour détérioration ou dissipation contre le curateur [7], et on lui appliquait en général toutes les règles qui régissaient le *magister*. Mais ici encore, et même dans la cession des biens [8], les créanciers n'eurent pas le droit de se partager entre eux, ou de se faire attribuer en tout ou en partie, les biens du débiteur en paiement de ce qui leur était dû.

La vente en masse se maintint du temps du droit des Pandectes; elle existait même peut-être encore sous Dioclétien [9]; mais elle finit par disparaître tout à fait avec le *magister* [10]: dès lors le *distrahere* et même le *dividere* furent admis pour tous les cas [11]. La suppression de cette manière de succéder

[5] L. 9 D. de cur. fur. conf. L. 5 D. h. t. avec L. 2 pr. D. eod.

[6] L. 6 pr. de reb. auct. jud. L. 45, § 12, D. de jure fisc. (49, 14); L. 10, § 1, C. de bonis auct. jud.

[7] L. 9, § 3, D. de reb. auct. jud.

[8] L. 4 C. qui bon. ced. (7, 71). L. 6 init. C. de bon. auct. jud. Arg. L. 1 C. de jure domin. imp. (8, 34).

[9] Conf. Rubr. et L. 6, 9 C. de bon. auct. jud. possid. seu venundandis. L. 4 C. qui bon. ced.

[10] C. F. Günther ad LL. 12 et 27 pro socio, Lips. 1823, 4, p. 11 sq.

[11] Nous lisons dans Gaius, II, 154 : « ut — bona veneant — » tandis que dans Justinien, § 1, I. de hered. qual. (2, 19), on trouve : « ut — bona a creditoribus possideantur (et) vel distrahantur vel inter eos dividantur. » Conf. § 79, note 24. Heffter, Inst. p. 563 et suiv. pense que la *bonorum venditio* n'existait déjà plus du temps de Paul; mais son erreur vient de ce qu'il ne s'est pas aperçu de l'interpolation que les textes ont subie, et de ce qu'il n'a pas su distinguer le *venire* du *distrahere*; ainsi, par exemple, il a appliqué au curateur *distrahendorum bonorum* la L. 2 D. de cur. bon. dand. — Günther a donné dans un autre excès en émettant l'opinion (l. c. p. 24 sq.) qu'il y avait encore un *bonorum emtor*, une vente en masse, du temps de Justinien.

per universitatem [14] tient, disent Justinien et Théophile (pour les provinces), à la disparition de l'*ordo judiciorum* et des *conventus* [15]; ce qui signifie que les *conventus* et la procédure formulaire n'existant plus, dut tomber également la vente en masse, qui supposait partout la présence locale du magistrat (conf. § 6, *supra*, *in fine*).

§ LXXXII. — *De la séparation des patrimoines. — Des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers.*

Après l'envol en possession des biens d'un débiteur, cet envoi n'étant pas personnel à celui qui l'avait obtenu (§ 79, note 4) tous les créanciers avaient des droits égaux [1]. Mais le préteur permettait quelquefois d'empêcher la confusion des patrimoines, qui était le résultat du droit civil [2]. Ainsi l'héritier nécessaire avait le droit de ne laisser vendre que les biens du défunt, et un édit prétorien promettait d'accorder, *causa cognita* [3], aux créanciers d'une succession, la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier [4]; ce droit a été aussi concédé aux légataires [5]; mais jamais, et avec raison, aux créanciers de l'héritier [6]. La même idée a conduit les jurisconsultes romains à admettre, par analogie [7], que les créanciers d'un fils de famille seraient exclus du prix provenant de la vente d'un pécule castrens acquis ensuite par lui dans l'état

[14] C'est pour cela que ces mots de Gaius, II, 98 : « *cujus bona emerimus*, ne se trouvent plus dans le § ult. I. per quas pers. nob. acq. (2, 9).

[15] Pr. J. et Theoph. de successlon. sublatis.

[1] L. 6, § 7 f. D. de his quæ in fraud. (42, 8).

[2] D. de separationibus (42, 6). C. de bon. auct. jud. etc., et de separat. bonor. (7, 72).

[3] L. 1, § 12, D. h. t. Mais cette séparation ne doit pas être demandée trop tard; après cinq ans. L. 1, § 13, eod.

[4] L. 2 C. h. t.

[5] L. 6 D. h. t.

[6] L. 1, § 2, 5, D. eod. L. 1, § 17, eod.

[7] Aussi la séparation de la L. 6, § 1, D. h. t. ne repose pas sur un édit.

militaire, et que ce prix serait attribué à ceux qui étaient devenus ses créanciers depuis qu'il était militaire, à l'exclusion aussi des créanciers qui avaient la possibilité d'actionner le père *de in rem verso* [8].

Les intérêts des créanciers étaient protégés par la loi Ælia Sentia, sous ce rapport du moins qu'elle déclarait nuls les affranchissements faits par leur débiteur en fraude de leurs droits; mais l'édit prétorien [9] les protégeait d'une manière plus complète en leur permettant de faire annuler toute aliénation faite pour les frauder; cet édit existait peut-être déjà du temps de Cicéron [10]. Voici ses expressions: « *Quæ fraudationis causa gesta erunt; cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit* (par conséquent au *magister*) *intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum qui fraudavit, servabo* [11]. » « Je donnerai une action au curateur des biens, ou à celui à qui cette action doit appartenir, contre ceux qui ont traité avec un débiteur sachant qu'il voulait frauder, pour ce qui aura été fait ainsi frauduleusement; je la donnerai pendant une année à partir du jour où il aura été possible de l'obtenir; et je la donnerai aussi contre le débiteur lui-même. » En outre le préteur, dans un semblable édit, ordonnait la restitution, et donnait, en conséquence, un interdit dans ce but [12]. Cet interdit s'appelle fraudatoire [13]. Quant à

[8] L. 1, § 9, h. t. On sépare aussi les créanciers de diverses *tabernæ*, dont les droits, du reste, reposent sur l'édit du préteur. L. 5, § 15-18, D. de trib. act. (14, 4).

[9] D. de his quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur (42, 8), C. de revocandis his quæ in fraudem creditorum alienata sunt (7, 75). Dabelow, cap. 13.

[10] Le passage de Cicéron, ad Att. I, 1, est le plus souvent regardé comme se référant à l'action Paulienne, par exemple, par Cujas, ad C. h. t. si on ne le réfère pas à une simple action de dol, conf. Dabelow, p. 389.

[11] L. 1 p. D. h. t.

[12] L. 10 pr. D. h. t.

[13] Voyez, *supra*, § 73; note 33.

l'action *in factum*, dont il vient d'être parlé, elle s'appelle aussi Paulienne [14]; ici elle est personnelle, fondée sur un délit imputable aux complices de la fraude, elle tend à une indemnité [15]; et elle est donnée même dans le cas où il n'y a pas de dol [16], jusqu'à concurrence du profit qui a été retiré de l'acte fait avec le débiteur. L'action promise contre le *fraudator* lui-même par la L. 1, pr. D. h. t. [17], est, à la vérité, en opposition avec le principe que le débiteur ne doit plus être poursuivi *ex ante gesto* [18]; mais elle n'est donnée que subsidiairement et *in quantum facere potest* [19]. Au reste, le créancier qui s'est fait payer avant l'envoi en possession ne tombe pas sous l'application de l'édit; car *sibi vigilavit*, et ce n'est que par l'effet de l'envoi en possession que tous les créanciers se trouvent placés sur le pied de l'égalité [20]. En outre, il y a un troisième édit ainsi conçu : « *Quod postea contractum erit, quam is cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur* [21]. » Je ne donnerai pas d'action à celui qui a traité, le sachant, avec un débiteur dont l'intention était de frauder ses créanciers.

§ LXXXIII. — *Des créances privilégiées* [1].

Nous ne pouvons que pour un très-petit nombre de créances privilégiées remonter à la date de leur origine et à leur source.

[14] L. 38, § 4, D. de usur. (22, 1). Theoph. IV, 6, § 6.

[15] L. 38, § 4, de usur. (22, 1), conf. avec L. 1, § 26, ne quid in fraud. patr. (38, 5). L. 1, L. 9 pr. D. h. t.

[16] L. 6, § 8, 10, 11, , L. 9 D. L. 5 C. h. t.

[17] Le débiteur s'appelle *fraudator* ou *defraudator*, Gaius, IV, 65. Brisson. v. *fraudator*.

18 L. ult. § ult. D. h. t. : « Hæc actio etiam in ipsum fraudatorem datur; licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur. »

[19] L. ult. C. h. t. Ici Cujas, Obs. XII, 5.

[20] L. 6, § 7. L. 10, § 16. L. 24 D. h. t.

[21] L. 25 D. de reb. auct. jud. (42, 5).

[1] Chr. Lud. Runde, de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quib. jure Roman. prospectum est creditoribus debitoris obærati per pri-

Nous nous contenterons de puiser, à leur sujet, nos renseignements dans les Pandectes, où nous les voyons apparaître. L'édit, que nous avons mentionné au § 78, note 22 *supra*, nous montre seulement que, déjà du temps d'Auguste, le privilége du fisc pour ses actions et celui de la femme pour sa dot, étaient reconnus; et même ce dernier semble [2] avoir eu le pas sur le précédent [3], quoique déjà alors la tendance des employés du fisc fût d'étendre autant que possible la préférence attachée aux actions fiscales [4]. Paul disait déjà : « *Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere* [5] ; » il n'y avait que pour la *pœnæ exactio* qu'il y avait exception, et ce, en vertu de rescrits impériaux [6]. Un privilége semblable à celui du fisc [7] était quelquefois accordé par le prince à certaines villes [8], et dans les provinces elles-mêmes par des édits

vilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum, Goting. 1794, 4, p. 28-31, p. 42, p. 46 sq. p. 57 sq. p. 60 sqq.

[2] Il serait possible que la préférence ait été accordée à l'action dotale à cause d'une convention d'hypothèque.

[3] Voy. l'Edit. lig. 19, 25, 26. Conf. Schrader, krit. Zeits. t. 1, cah. 2, p. 131 et suiv. et Spangenberg, dans Arch. f. civ. Prax. t. 11, p. 453 et suiv. — Rudorff dans le rhein. Mus. f. Philol. t. 2, p. 167 et suiv.

[4] Rudorff, l. c.

[5] Paul. v, 12, § 10, conf. avec L. 10, pr. D. de pact. (2, 14), d'où il résulte au moins que le fisc était rangé parmi les créanciers privilégiés du temps d'Antonin le Pieux; conf. aussi avec L. 34 de reb. auct. jud. (42, 5). Dans quel rang venait-il? *Quid*, lorsqu'il succédait à un particulier? Voyez Ulpien, L. 6, pr. D. de jure fisci (49, 14). Cela fut étendu à l'empereur et à l'impératrice, L. 6, cit. § 1.

[6] Spécialement par un rescrit d'Alexandre-Sévère, L. un. C. pœnis fiscalibus creditores præferri (10, 7). Voy. aussi L. 48, § 1, D. de jure fisci (49, 14). D'après les expressions de ce rescrit, le fisc ne devrait passer pour l'*exactio pœnæ* qu'après les créanciers « *rem suam persequentibus*, » comme le dit aussi Modestin : « *omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi*, » L. 17, D. de jure fiscl. Mais Papinien répond de la manière la plus positive que ces expressions signifient seulement que, pour l'*exactio pœnæ*, le fisc ne peut invoquer son privilége, et non qu'il doit passer après tous les créanciers quelconques. L. 37 eod.

[7] L. 10, D. ad munic. (50, 1).

[8] Dirksen, civ. Abh. t. 2, p. 100-103.

proconsulaires; quelques colonies, et notamment les colonies grecques d'Asie, avaient un semblable privilége en vertu do leurs statuts. Il en était encore ainsi du temps de Trajan [9]. Mais Paul dit de nouveau: *Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur* [10]. « La république est préférée à tous les autres (et, comme le fisc, aux autres privilégiés) créanciers chirographaires. » Cette préférence fut aussi dans la suite accordée aux églises [11]. En outre, il avait été admis, dans l'intérêt public, que celui qui avait déposé de l'argent chez un *argentarius* ou *nummularius* sans exiger d'intérêts, devait prélever son remboursement avant tous créanciers privilégiés; tandis que celui qui avait opéré le même dépôt, aussi sans exiger d'intérêts, chez un changeur, ne pouvait réclamer une préférence qu'après les autres privilégiés [12]. L'action *funeraria*, ou toute autre [13] accordée pour les frais de sépulture, soit pour les avoir faits immédiatement, soit pour les avoir soldés à la place de celui qui y était obligé, avait le premier rang parmi les priviléges [14]. Jusqu'à quel point allait la préférence attachée à l'action *rei uxoriæ*, et lorsqu'on l'ac-

[9] Plin. ep. x, 109, et Arg. L. 37, D. de reb. auct. jud.

[10] L. 38, § 1, D. eod. (42, 5).

[11] L. 23, pr. C. de S. S. eccles. (1, 2).

[12] Voyez, pour l'*argentarius*, Ulpien, L. 7, § 2, 3. Papinien, L. 8, D. depos. (16, 3); et pour le *mensularius*, L. 24, § 2, D. de reb. auct. jud. (42, 5). C'est ainsi que l'antinomie est expliquée par Neustetel, dans rœm. rechtl. Untersuch. n° II. W. Th. Kraut, de argentariis et nummulariis, Gott. 1826, p. 115-122, n'a pas fait attention à cette distinction entre le *nummularius* et le *mensularius*.

[13] Ulp. L. 17, pr. de reb auct. jud. Scævola, L. 46, § 2, de relig. A cause de la L. 14, § 1, de relig. plusieurs auteurs pensent que les frais funéraires doivent être préférés même aux hypothèques. Mais autre chose est l'action relative au recouvrement de ces frais, autre chose est le droit accordé à l'autorité publique de veiller à la sépulture. L'autorité s'attaque, pour la sépulture, à tout ce qui appartenait au défunt, et même, en cas de nécessité, aux choses hypothéquées; c'est ce que dit la L. 14. Mais celui qui se trouve lésé par là a évidemment un recours contre ceux à qui incombent les frais funéraires, l'héritier ou les parents, etc.

[14] Paul. 1, 21, § 15. Marcien, L. 45, D. de relig. (11, 7).

cordait, par équité, pour une dot constituée relativement à un mariage qui n'avait pas été conclu [15]? C'est ce qu'on ne peut préciser. Au reste, depuis l'introduction de l'hypothèque tacite, créée pour les actions dotales comme pour les créances du fisc, le privilége de l'action dotale a dû avoir bien moins d'importance.

Après le privilége du fisc et les autres créances privilégiées ci-dessus mentionnées, vient le privilége de celui qui a fait un prêt pour la construction, l'acquisition ou l'armement d'un vaisseau, ou qui l'a vendu et à qui le prix en est dû [16]. Quant aux autres privilégiés, ils sont tous sur la même ligne. Ce sont : 1° en vertu d'un édit de Marc-Aurèle, celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'un édifice [17] : le sénatus-consulte de Marc-Aurèle, qui a accordé pour le même objet une hypothèque tacite [18], est probablement plus récent [19]; 2° celui dont l'argent a servi à désintéresser un créancier privilégié [20], pourvu qu'il ait été convenu qu'il prendrait la place du créancier auquel l'argent était destiné [21]; 3° les pupilles (mais non leurs successeurs ou cessionnaires) sur les biens de leurs tuteurs ou protuteurs, et, par extension, sur les

[15] Ulpien et Paul, L. 17, § 1. L. 18, 19, de reb. auct. jud. Ulp. L. 22, § 13, sol. matrim. (24, 3). Sévère et Antonin, L. un. C. de privil. dotis (7, 74). Hermogénien, L. 74, D. de jure dot. (23, 3).

[16] L. 9, C. de jure dot. (5, 12), de 251 : Dotis tuæ potiorem causam esse convenit, quam Reipublicæ, cui postea idem maritus obnoxius factus est. L. 12, pr. C. qui pot. in pign. (8, 18). Nos — ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriæ actioni magnam prærogativam præstantes, ut contra omnes *pene* personales actiones haberent privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores.

[17] Paul, L. 26, Marcien, L. 34, D. de reb. auct. jud.

[18] L. 24, § 1, D. eod. L. 25, de reb. cred. (12, 1). L. 1, D. de cess. bon. (42, 3).

[19] L. 1, D. in quib. caus. pign. (20, 2). Il est probable que la disposition, prise à l'occasion de l'*oratio Marci*, et qui se trouve à la L. 52, § 10, D. pro socio (17, 2), était dans le même sénatusconsulte, Cujas, Obs. XIX, 20.

[20] Ulp. L. 42, § 3, de reb. auct. jud.

[21] Ulp. L. 2, D. de cess. bon. (42, 3).

biens de ceux qui ont géré leurs affaires par pure amitié; les prodigues et ceux qui sont en curatèle pour cause d'infirmité ont le même privilége sur les biens de leur curateur; mais il n'en est pas de même sur les biens du *curator bonorum* [22].

II. *Des autres envois en possession.*

§ LXXXIV. — *De l'envoi en possession custodiæ causa.*

Les *missiones* les plus anciennes avaient pour objet des universalités [1], et pour but la vente. Mais des considérations puisées dans les édits eux-mêmes, où, lorsqu'il s'agissait des pupilles et des personnes absentes dans l'intérêt de la république, des modifications avaient été jugées nécessaires, d'autres considérations encore suggérées par la pratique, amenèrent naturellement des *missiones* uniquement *custodiæ causa :* ici on n'arrivait pas à la vente des biens; seulement, dans des circonstances rares et en cas de nécessité, on vendait certains objets, ou des aliments étaient pris sur la masse. En effet, lorsque des pupilles étaient sans défense, ou lorsque le motif de l'absence d'un citoyen était douteux, ou lorsqu'il était incertain s'il n'y aurait pas d'héritier, il n'était nécessaire de procéder qu'à un envoi en possession *custodiæ causa* [2]. Pour cela il n'y avait pas besoin d'édits particuliers. Mais on a promis spécialement l'envoi en possession d'une succession à un héritier possible pour lui assurer cette succession. Ainsi on a accordé une possession *ventris nomine* en faveur d'un enfant non encore né; on en a accordé une autre par un édit Carbonien à l'impubère (par conséquent aussi lorsqu'il n'était pas encore né), dont l'état était contesté [3]: l'héritier tes-

[22] Gaius, Ulpien, Paul, L. 19, § 1. — L. 23, de reb. auct. jud. Papin. L. 42, 44, § 1, D. de adm. et per. (26, 7). Paul. L. 22, D. de tutelæ (27, 3).

[1] Cic. pro Qu. c. 29 : « Omnino autem bona possessa non esse constitui, quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis quæ teneri et possideri possunt. »

[2] Voyez *supra*, § 79, note 13.

[3] Lœhr, Magaz. t. 2, p. 451 et suiv. Nous ne savons pas si l'auteur de

tamentaire, dont les droits étaient mis en question par les héritiers légitimes, pouvait aussi être envoyé provisoirement en possession de la succession à laquelle il était appelé par le testament attaqué [4]. Lorsque l'héritier refusait de donner caution pour assurer le paiement du legs [5], les légataires obtenaient également, et par analogie, l'envoi en possession des biens héréditaires *legatorum servandorum causa*. Dans ce dernier cas, les légataires n'acquéraient qu'une copossession avec l'héritier [6]; ce ne fut qu'en vertu d'un rescrit d'Antonin Caracalla que, si le refus de donner caution avait duré six mois, on envoyait les légataires en possession des autres biens de l'héritier [7]. Cette possession acquise à l'un des légataires ne l'était pas, par cela seul, à tous les autres; dans les autres cas déjà indiqués dans ce paragraphe, l'envoi en possession était aussi personnel; chacun devait donc l'obtenir pour son compte; mais tous les *missi* avaient le même rang sans égard à l'antériorité du temps [8]. Il en était de même de ceux qui, sur le refus de donner la *cautio damni infecti*, avaient obtenu, par le premier décret, l'envoi en possession de l'objet qui, par sa chute ou sa détérioration, pouvait causer du dommage [9]; or cet envoi en possession reposait aussi sur un édit particulier [10].

cet édit fut Carbo, qui vivait du temps de Pompée; v. Val. Maxim. V, 3, § 5.

[4] L. 2, 3, C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33). Voyez Savigny, Zeits, t. 6, p. 233 et suiv.

[5] D. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat (36, 4). C. ut in p. leg. vel fid. serv. causa mittatur, et quando satisdari debeat (6, 54).

[6] L. 5, pr, D. h. t.

[7] L. 5, § 16, D. L. 6, C. h. t.

[8] L. 5, § 3, 4, D. eod. Voy. L. C. Schrœder, de natura et effectibus pignoris prætorii atque jud. Marb. 1741, 4, p. 91 et suiv.

[9] L. 15, § 15, D. de damn. inf. (39, 2).

[10] V. § 85, *infra*. Pourquoi les jurisconsultes romains ne parlent-ils ordinairement, et en les plaçant ensemble, que de la *missio servand. legatorum causa*, de la *missio ventris nomine*, et de la *missio ob damnum infectum*, L. 1, D. quib. ex caus. (42, 4). L. 12, cod. L. 10,

Dans tous ces cas, la possession n'était pas civile [11], elle ne faisait naître, pour le *missus*, qu'un interdit spécial pour obtenir, conserver et recouvrer l'objet de l'envoi en possession ; toutefois, pour l'obtention de la possession, il pouvait recourir à un moyen plus immédiatement efficace [12]. Cette possession ne devenait civile que lorsque le possesseur avait refusé injustement de la restituer [13], ou, par un motif inverse, lorsque l'envoyé en possession pour cause de *damnum infectum* avait obtenu un second décret. (Voy. le paragraphe suivant.)

Au reste, on ne fait que se conformer au langage employé dans l'action de la loi *per pignoris capionem*, en appelant gage prétorien l'effet produit par une telle *missio*. C'est d'ailleurs un véritable *pignus prætorium* [14], en ce sens que les créances non garanties par une affectation semblable passent après le *missus*. Cette idée de *pignus prætorium*, adoptée d'abord pour l'envoi en possession *venditionis causa* [15], a dû nécessairement s'étendre à tous les autres envois en possession, et elle a dû encore prendre plus d'importance dans la *missio* la plus récente.

§ 1, de possess. (41, 2), L. 4, § 1, de off. ej. cui mand. (1, 21)? Cela tient sans doute à ce que : 1° lorsqu'on demandait une *missio Carboniana*, on demandait par cela même une possession de biens ordinaire, du moins d'après le nouveau droit (L. 7, § 3, C. de cur. fur. 5, 70, § ult. J. de bon. poss. L. 15, D. de Carb. ed. (37, 10). C'est pour cette raison que, dans la compilation de Justinien, la *missio Carboniana* ne figure plus parmi les simples envois en possession. Lœhr, l. c. p. 457-459 ; 2° la *missio furiosi nomine* n'a pris naissance que sous Justinien (v. § 86, *infra*); 3° la *missio* relative à un testament contesté n'a pas été introduite par un édit du préteur; 4° les *missiones in singulam rem* n'ont pas été non plus introduites par un édit du préteur, à l'exception de celle relative au *damnum infectum*, v. § 85, *infra*.

[11] Voy. § 79, note 12, *supra*. L. 9, D. de rei vind. (6, 1). L. 5, pr. D. ut in poss. leg. (36, 4).

[12] Voy. § 73, notes 16 et 17. L. 5, § 27, ut in poss. legat.

[13] L. 1, § 9, D. quod legat. (43, 3).

[14] L. 26, pr. D. de pig. act. (13, 7). L. 3, § 1, D. de reb. eor. (27, 9). L. 12, D. pro emt. (41, 4). C. de prætorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio prætorii pignoris procedat (8, 22). Schrœder, sect. 1, c. 3.

[15] Stieber, p. 57 sq.

(Conf. § 85 *in fine*, *infra*.) En effet, depuis que, dans le droit civil, on avait admis qu'il y avait d'autres gages que ceux qui étaient consentis par le débiteur, un gage constitué par l'ordre du magistrat ne présentait rien d'extraordinaire [16], et l'on dut même agiter la question de savoir jusqu'à quel point on pouvait lui appliquer les principes du droit de gage [17].

§ LXXXV. — *Des envois en possession d'objets particuliers.*

La *missio* qui s'est produite la dernière est la *missio in singulam rem*, qui trouvait pour ainsi dire son type dans les actions noxales, dans lesquelles le *caput nocens* non défendu devait être abandonné au demandeur [1]. En effet, elle avait lieu 1° lorsqu'une chose sur le point de causer du dommage n'était pas défendue par son propriétaire, c'est-à-dire, lorsque le propriétaire d'une chose qui menaçait ruine refusait de donner la caution *damni infecti;* 2° lorsque celui qui était actionné *in rem* ne voulait pas, soit accepter le *judicium*, soit donner la caution *de re restituenda*.

Pour le premier cas, un édit décidait que celui qui refusait de donner caution à son voisin, lorsque sa maison menaçait ruine, serait obligé de souffrir que ce voisin possédât avec lui cette maison en commun ; et ce en vertu d'un premier décret. Cet édit décidait, en outre, que si cette caution continuait à être refusée, le voisin, au moyen d'un second décret, serait traité comme propriétaire aux yeux du droit prétorien [2]. Mais la loi de la Gaule Cisalpine, qui se réfère à l'édit du préteur pérégrin, donne, dans le même but, une action *in factum ;* de

[16] L. 26, pr. D. de pign. act. Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquam miserit, pignus constitui ; cum testamento quoque pignus constitui posse Imperator noster cum patre (*Alexandre-Sévère avec Antonin-Caracalla*) sæpissime rescripsit.

[17] Arg. L. 2, C. h. t.

[1] L. 7, § 1, D. de damn. inf. (39, 2).

[2] L. 7 pr. D. de damn. inf. L'édit porte « *possidere jubebo ;* » mais la L. 15, §§ 16, 17, 33, ibid. prouve que par là il faut entendre *in bonis esse*.

sorte qu'il paraîtrait que cette action *in factum* aurait fait place à cet envoi en possession [3].

Losque le refus d'accepter un *judicium* ou de donner la caution *de re restituenda*, relativement à l'action *in rem*, concernait un *latitans*, et même un *absens*, suivant l'opinion plus bénigne de certains jurisconsultes modernes, nommément de Celse, la *missio* ne portait pas sur tous les biens [4], elle ne portait que sur le bien litigieux : de même aussi, lorsqu'un possesseur présent refusait de se défendre, la loi de la Gaule Cisalpine voulait que ses biens fussent vendus (§ 76); mais un édit prétorien [5] a posé le principe plus équitable de la translation de possession, dont l'effet était de faire perdre son rôle au défendeur, pour lui imposer celui de demandeur avec le poids de la preuve [6].

8° Enfin, on sait que la *pignoris capio* [7] était employée sous le système des actions de la loi, d'abord pour se rendre justice à soi-même, ensuite aussi, dans plusieurs rapports de droit public, comme moyen de contrainte auquel recouraient les magistrats; que de tout temps ces mêmes magistrats en faisaient usage dans tous les cas d'actions extraordinaires [8] et en général pour toutes leurs *cognitiones* [9]. Il n'est donc pas éton-

[3] L. Gall. Cisal. c. 20. Dirksen, ibid. p. 25 sq. explique cela autrement.

[4] L. 7, § 16-19, D. quib. ex caus. (42, 4). Voy. *supra*, § 77, note 4, *in fine*.

[5] L. un. C. uti poss. (8, 6).

[6] L. 20, § 1, D. de int. in jure (11, 1). — L. 80, D. de rei vind. (6, 1). L. un. C. cit. — L. 15, de op. novi nunt. (39, 1). L. 60, § 1, de usufr. (7, 1). Quant au droit moderne, voy. L. 8, C. quomodo et quando (7, 43). L. 8, § 3, C. de præscr. 30 vel 40 ann. (7, 39). Nov. 18, c. 10; voy. aussi Hollweg, Versuche, p. 282, note 73.

[7] Chr. W. Küstner, de ritu pignorum capiendor. ap. veteres Rom., Lips. 1742, 4. *Idem*, ritum pignorum capiendorum in rep. Rom. exp. Lips. 1743, 4.

[8] Arg. de la L. 31, D. de re jud. tirée du *lib. 2 cognitionum* de Callistrate. Heffter, Inst. p. 549.

[9] L. 5, § 10, de agnosc. (25, 3). L. 1, § 3, de insp. ventre (25, 4). Arg. L. 4, § 2, de damn inf. (39, 2). — § 3, J. de satisd. tut. (1, 24). Voy. aussi L. 29, § 7, D. ad leg. Aquil. (9, 2).

nant que la pratique, ou du moins un rescrit d'Antonin le Pieux [10] en ait permis l'application aux *judicati* et aux *confessi* [11]. D'autres rescrits ont consacré et développé cette application [12]. Egalement, en vertu d'un décret du magistrat, décret exécuté [13] par ses *officiales* [14], le créancier était envoyé en possession de certains objets, par conséquent obtenait d'abord sur eux un droit de gage; puis ensuite, si le débiteur persistait à ne point satisfaire à son obligation, ces objets étaient vendus publiquement, toujours sous l'inspection du magistrat [15]. C'est ce qui s'appelait *pignus judicati causa captum* [16]. Ce moyen d'exécution, plus doux que celui qui conduisait à la vente de tous les biens, était employé lorsqu'il n'y avait pas urgence, par conséquent lorsqu'il s'agissait d'un débiteur solvable [17]. Le gage était décrété, toujours après l'ex-

[10] L. 31, conf. avec L. 15, D. de re jud. (42, 1).

[11] C. si in causa judicati pignus captum sit (8, 23), de execut. rei judicatæ (7, 53). Chr. W. Küstner, pignus in causa jud. captum. Lips. 1744, 4.

[12] L. 1, C. h. t. (8, 23), et ce qui suit.

[13] Quant à la différence entre ce *pignus* et tout autre *pignus prætorium*, voy. Cujas, Obs. v, 30. Quand nous lisons dans la L. 50, D. cit.: « Si pignora veneant per apparitores prætoris extra ordinem sententiam exsequentes, » cela signifie seulement que la sentence qui a été rendue par un juge, suivant l'usage, est mise à exécution par l'autorité du magistrat (*extra ordinem*). Conf. L. 58, D. de re jud. L. 1, C. de exe. rei jud.

[14] L. 2, C. h. t. L. 74, D. de evict. (21, 2), conf. avec L. 5, § 27, ut in poss. leg. (36, 4). *Executores* est le nom générique employé pour désigner les officiers dont se servait le magistrat pour faire exécuter une sentence, L. 4, pr. § 1, D. de appell. (49, 1). L. 6, 8, D. de exec. (7, 53). L. 5, C. quor. app. non recip. (7, 65). L. 7, C. quæ res pig. (8, 17). Leur nom particulier était *viatores*, *apparitores*, L. 5, § 27, D. cit. L. 50, de evict. § 24, J. de act. On pouvait obtenir contre eux l'action de dol, lorsqu'ils avaient abusé de leurs pouvoirs, L. 3, § 8, D. de neg. gest. (3, 5). L. 50, D. cit.

[15] L. 31, D. de re jud. L. 2, C. h. t. — L. 49, D. fam. erc. (10, 2). L. 15, de evict. L. 6, § 2, de re jud.

[16] Voy. aussi L. 9, pr. D. de min. (4, 4). L. 3, § 1, de reb. cor. (27, 9).

[17] L. 31, D. cit. — Si qui tamen per contumaciam magis quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis

piration du délai accordé au débiteur condamné pour satisfaire à la sentence (*judicati tempus*); puis, en conséquence du rescrit d'Antonin, deux mois après la *capio*, c'est-à-dire, après les soixante jours de la *bonorum venditio*, on procédait à la vente des objets saisis. Ce qui restait, après le créancier payé, était restitué au débiteur [18], comme dans la *bonorum distractio*. On était dans l'usage de prendre en gage et d'aliéner d'abord les meubles; s'ils ne suffisaient pas, le magistrat permettait de saisir et vendre les immeubles; puis, à défaut des immeubles, on s'attaquait aux *jura* et aux *nomina* [19]. A l'égard de ces derniers il fut ainsi statué par un rescrit d'Antonin-Caracalla [20], lequel décida aussi que, lorsque dans une vente judiciaire, vente dans laquelle le créancier pouvait lui-même mettre une enchère [21], il ne se présentait personne, on devait adjuger la chose mise en vente au créancier pour le montant de sa créance [22]. La question de savoir si le débiteur condamné était propriétaire de la chose affectée de gage, et qui pouvait être soulevée contre le saisissant par un tiers qui se prétendait propriétaire, était jugée sommairement, c'est-à-dire, d'après les présomptions et les probabilités; et cette décision ne devait pas naturellement avoir force de chose jugée à l'égard du débiteur qui était resté étranger à ce débat [23]. En outre, pour empêcher qu'un procès n'en engendrât un second, la vente devait être faite au comptant [24]. Au reste, de même qu'une hypothèque antérieure en date assure un droit de préférence sur

compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli D. Pius in hæc verba rescripsit, etc.

[18] L. 31, D. cit.

[19] L. 15, § 2, 8, D. de re jud. — L. 2, 3, C. quando fiscus (4, 15).

[20] L. 15, § 8, cit. conf. aussi Gordien, L. 5, C. de exec. rei jud. Mais, d'après le rescrit de Sévère et d'Antonin, L. 4, C. eod. on ne doit pas *stipendia retinere*.

[21] L. 2, C. h. t.

[22] L. 15, § 3, 6, D. de re jud. L. 3, C. de exec. rei jud. Voy. aussi Gordien, L. 3, C. h. t.

[23] L. 15, § 4, D. eod. Voy. L. 15, § 9, eod. sur les créances qui sont contestées.

[24] L. 15, § 7, eod.

une hypothèque d'une date plus fraîche, de même une *missio* spéciale, toute dans l'intérêt du *missus*, telle que celle qui était accordée *legatorum servandorum causa* [25], conférait à celui-ci le droit d'être payé avant celui qui aurait obtenu le *pignus judicati causa* postérieurement [26].

§ LXXXVI. — III. *Des missiones sous les empereurs chrétiens.*

La cession de biens, la *pignoris capio* et la *bonorum distractio* avaient déjà fait disparaître l'infamie et la déchéance d'état attachées à la *bonorum venditio*. Quant à la *missio ex edicto Carboniano*, elle ne figurait plus comme telle parmi les *missiones* accordées uniquement *custodiæ causa*, puisque dorénavant l'impubère avait le droit de *agnoscere bonorum possessionem* (demander la possession de biens) purement et simplement [1]. Mais une constitution de Justinien a créé la *missio furiosi nomine*. Par là il a mis fin à la controverse qui divisait les jurisconsultes sur la question de savoir si le curateur d'un fou pouvait *agnoscere* une possession de bien pour ce dernier, en décidant qu'il pourrait se faire attribuer une possession provisoire [2]. La *missio* relative aux legs a dû céder le terrain à l'hypothèque légale établie par Justinien en faveur des légataires [3]. A tout gage prétorien Justinien a attribué l'action réelle hypothécaire [4]. Pour ce qui concerne la *missio crediti causa*, il a publié une constitution très-détaillée, de laquelle il résulte que la *missio* accordée à un ou plusieurs créanciers doit servir à tous les autres pourvu que, dans le délai de deux ans s'ils sont dans la même province que l'envoyé ou les en-

[25] L. 10, D. qui potior in pig. (20, 4).

[26] L. 2, C. qui pot. in pign. (8, 18). Schrœder, p. 142.

[1] Voy. § 84, note 10.

[2] L. 7, § 3, C. de cur. fur. (5, 70), d'après laquelle a été interpolée la L. 2, § 11, 13, D. ad. Sct. Tert. (38, 17). Voy. Lœhr, Magaz. t. 3, p. 62 et suiv.

[3] L. 1, L. 3, § 2, C. com. de legat. (6, 43). Lœhr, l. c. p. 195, et dans Arch. f. civ. Prax. t. 5, p. 208, note 3.

[4] L. 2, C. si in causa jud. (8, 23).

voyés en possession, dans le délai de quatre ans s'ils sont hors de cette province, ils fassent connaître leurs droits, les fassent liquider et prennent part aux frais [5]. Dans cette même constitution il prescrit le mode de distribution des deniers entre les créanciers [6]; et il décide que les créanciers qui ne se sont pas fait connaître (il ne s'occupe pas ici des hypothécaires) ne pourront exercer leurs droits que sur ce qui restera après les autres payés; il leur réserve toutefois leur créance contre le débiteur [7]. On a soutenu à tort que, par l'effet d'une constitution ultérieure, un créancier ne pouvait être envoyé en possession que pour lui-même et jusqu'à concurrence de sa créance [8]. Le délai de deux mois (*tempus judicati* [9]) a été doublé par Justinien pour le *judicatus* ainsi que pour ses fidéjusseurs et ses *mandatores* [10].

Théodose le Grand s'était contenté, pour la cession de biens, d'une simple déclaration (*voluntatis sola professio* [11]), pourvu qu'elle fût faite judiciairement [12]; ce sont les compi-

[5] L. 10, pr. C. de bon. auct. jud. (7, 72).

[6] L. 10, cit. § 1.

[7] L. 10, cit. pr. fin.

[8] La disposition de la Novelle, 53, c. 4, § 1, n'a pas, en effet, pour but de rien changer sous ce rapport au droit ancien. Lorsqu'un créancier est envoyé en possession des biens de son débiteur, il a le droit d'en faire vendre jusqu'à concurrence de sa créance; ce qui est en harmonie avec la L. 10, § 1, cit. et avec les principes de la *distractio*. Conf. Schrœder, p. 96.

[9] De la L. un. pr. C. Th. de usur. rei jud. (4, 19), on a voulu conclure à une fixation légale de ce délai, et on a cherché de diverses manières à expliquer le *nonnunquam*, J. Gothof. ibid. T. 1, p. 443, Wenck, ibid. p. 259. Mais il est certain qu'il ne s'agit là que du délai de trente jours, avec les augmentations arbitraires, voy. § 77, *supra*, note 22.

[10] L. 2, L. 3, § 1, C. de us. rei jud. (7, 54).

[11] L. 2, C. Th. qui bon. ex. l. Jul. (4, 20). L. 6, C. qui bonis cedere (7, 71).

[12] J. Goth. ad L. 2, C. Th. cit. Dans la L. Rom. Burg. tit. 38, pour une cession de biens valable, une déclaration formelle et un écrit sont exigés; et il est ajouté: « Quod si de vi et metu is qui cessit querí voluerit, intra annum similiter institutam peragat actionem, secundum Theod. legem lib. IV, tit. *Qui lege Julia cedere possunt.* — Jacques Godefroy et

lateurs de Justinien qui sont aliés plus loin, et qui ont admis qu'il suffisait, pour cela, d'une simple déclaration même extrajudiciaire (*bonis cedi, non tantum in jure, sed etiam extra jus potest* [13]). En conséquence des nouvelles idées sur les pécules, on permit la cession de biens aux fils de famille [14]. La rigueur exceptionnelle du fisc contre les débiteurs fut maintenue, sauf le cas où ils n'étaient devenus insolvables que par suite de malheurs, comme Gratien et Valentinien l'avaient déjà ordonné [15]. Ces mêmes empereurs ont abrogé toutes les dispositions antérieures qui permettaient d'accorder des délais aux débiteurs [16], par un rescrit qui, dans la compilation de Justinien, porte qu'il ne sera plus accordé de délais que sous la condition que le paiement sera garanti par des fidéjusseurs [17]. Quand ensuite Justinien dit qu'on s'est adressé à lui *solito more* pour que les créanciers puissent choisir entre accepter la cession de biens et accorder un délai de cinq ans [18], on ne voit pas trop ce que signifie ce *solito more*. En effet, il fallait bien accepter la cession de biens quand on ne voulait pas concéder de délai; puis ce délai en usage était-il de cinq ans? Il est

Wenck (p. 261) appliquent tout ce passage à la cession de biens; mais Barkow, dans son édition de la L. Rom. Burg. p. 114, prétend que ce qui précède ce passage n'a pas trait à la cession de biens, mais à une translation de propriété; la translation de propriété s'appelant *cessio* dans le moyen-âge. — Au reste, il ne faut pas s'étonner que dans le Code Théodosien, de même que dans la loi romaine des Burgondes, la cession de biens n'ait été indiquée que par l'expression générique de *cessio*, si l'on admet que la cession de biens se faisait par une *cessio in jure*.

[13] L. ult. D. de cess. bonor. (42, 3). Ce qui prouve que ce passage a été interpolé, c'est ce qu'ajoute Justinien dans la L. 6, C. cit. « *scrupulositate priorum legum explosa.* » J. Gothof. l. c.

[14] L. 7, C. eod.

[15] L. 1, C. Th. eod. conf. avec § 78, note 24, *supra*.

[16] L. 6, C. Th. de div. rescr. (1, 2).

[17] L. 4, C. de precib. Imp. off. (1, 19). C'est une question que de savoir si les *moratoriæ præscriptiones* de la L. C. eod. sont des exceptions dilatoires. Du reste il n'est plus parlé nulle part de *moratoriæ præscriptiones*, voy. Cujas, Obs. II, 10, Jac. Goth. ad L. 3, C. Th. de Div. rescr. T. I, p. 16 sq. Dabelow, Concurs, p. 151, not. Neustetel, röm. rechtl. Unters. p. 308, note 3.

[18] L. 8, init. C. qui bonis ced. (7, 71).

probable que l'intervention de l'empereur ne s'appliquait qu'au cas où les créanciers n'étaient pas d'accord sur la concession du délai; Justinien veut que la majorité des créanciers, majorité qui doit être déterminée d'après les bases posées au commencement du § 78 ci-dessus, fasse pencher la balance, et que, dans le cas de partage, la préférence soit encore pour les *induciæ*, parti le plus favorable au débiteur [19]. Pour éviter le désagrément de la cession de biens, le débiteur pouvait même, lorsqu'il était trop pressé par les créanciers, recourir à la dation en paiement. Justinien a, en effet, encore décidé [20] que celui qui originairement avait contracté une obligation de somme d'argent pût satisfaire son créancier par l'abandon de certains de ses biens. Toutefois le créancier n'était obligé d'accepter des immeubles en paiement qu'à défaut de meubles, et qu'à défaut d'amateurs qui voulussent acheter les immeubles du débiteur, lesquels étaient estimés par le magistrat; et si leur valeur ne s'élevait pas au montant de la somme due, le débiteur restait obligé pour le surplus; et, à l'inverse, il pouvait se faire que le créancier redût quelque chose à son débiteur, si la valeur de l'immeuble donné en paiement dépassait la dette, — tout cela par analogie avec la *distractio bonorum* [21].—Enfin Justinien, ému de compassion à l'occasion de rigueurs exercées contre un certain Mysien grevé de dettes publiques et privées, adressa aux présidents des provinces une instruction par laquelle il leur recommandait de ne point imposer avec trop de facilité la cession de biens à un débiteur, d'arrêter les poursuites des créanciers, et de ne leur permettre que d'exercer tous les droits tant personnels que réels de leur débiteur, lorsque celui-ci affirmait par serment ne pas avoir actuellement de quoi faire honneur à ses obligations [22].

[19] L. 8, C. cit.

[20] Nov. 4, c. 3. Marezoll, Lœhr, Magaz. t. 4 p. 230 et suiv.

[21] La Nov. 120, c. 6, fait une exception.

[22] Nov. 135. Conf. Herald, de rer. jud. auct. II, 25, § 11 sqq. Dans Otto Thes. T. II, p. 1286 sq. — Les déductions de Dabelow ne servent, au reste, qu'à embrouiller toujours plus cette décision déjà assez obscure par elle-même.

ARTICLE II.

§ LXXXVII. — *Des stipulations prétoriennes* [1].

Des édits prétoriens, dans des cas où il s'agissait de garantir pour l'avenir l'exercice d'un droit, ne promettaient pas une action, mais ordonnaient une promesse ou une *satisdatio*, c'est-à-dire, une stipulation prétorienne. Cette stipulation, par son effet, remplaçait l'action en ce sens que, sur le fondement de cette stipulation, un *judicium* pouvait être ensuite demandé [2]. Aussi assimile-t-on cette stipulation à une action [3], au point que, lorsqu'elle est demandée, on peut aussi bien lui opposer la compensation qu'on le pourrait à l'action elle-même née de cette stipulation [4].

Il faut bien se garder de confondre les stipulations prétoriennes dont nous nous occupons, qui peuvent aussi donner lieu à des actions de bonne foi lorsqu'on ajoute la *clausula bonæ fidei* [5], avec d'autres stipulations qui intervenaient aussi devant le préteur, mais dont le but était d'arriver à assurer les effets du *judicium*, appelées pour cela *judiciales* [6], telle est la stipulation *judicatum solvi ;* ou à assurer la *litis contestatio*, telle est la stipulation *judicii sistendi causa*, appelée aussi commune.

Ulpien distingue les stipulations de la première espèce par le nom de *cautionales* [7].

La forme de toutes les stipulations prétoriennes, des sti-

[1] D. de stipulationibus prætoriis (46, 5). J. de divisione stipulationum, 3, 18 (19). (Voy. M. Ortolan, Instituts, p. 748 et suiv. E.)

[2] L. 1, § 2, D. h. t. — quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt. L. 10, § 3, de comp. (16, 2). L. 20 D. ratam rem (46, 8) — vicem repræsentant actionum.

[3] L. 37 D. de ob. et act. (44, 7).

[4] L. 10, § 3, D. cit.

[5] L. Gall. Cisalp. Col. 1, l. 26. (M. Blondeau, p. 77. E.)

[6] Ulpien les appelle ainsi L. 1 D. h. t. Mais Pomponius, dans la L. 5 pr. D. de verb. obl. (45, 1), appelle *judiciales* celles « quæ a mero judicis officio proficiscuntur. » Voy. M. Ortolan, l. c. p. 750. (E.)

[7] L. 1 pr. — § 4 D. h. t. L. 5 pr. D. cit. Voy. aussi pr. J. h. t.

pulations édilitiennes aussi [8], dépendait entièrement de la volonté du magistrat qui y présidait, comme lorsqu'il s'agissait de *sponsiones*; et la question de savoir si elles seraient admises ou refusées était abandonnée, de même que lorsqu'il s'agissait d'une formule, à son appréciation (*cognitio*); les difficultés qui pouvaient s'élever relativement à leur admission ou à leur refus, étaient vidées par lui *summatim* [9].

Or les cas dans lesquels la stipulation remplaçait l'action, sont : 1° le *damnum infectum*, au sujet duquel un édit prétorien a ordonné de promettre ou de fournir une *satisdatio*, et a promis, pour le cas de refus, une action *in factum*, qui s'est transformée ensuite en un envol en possession (voy. *supra*, § 85, *in princ.*). Outre cette stipulation prétorienne, appelée aussi quelquefois action *damni infecti* [10], il y avait 2° la *cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* [11], que devait donner l'héritier, s'il ne voulait pas s'exposer à un envoi en possession; il en était ici absolument comme du cas où un défendeur ne voulait pas se présenter devant le magistrat avec son adversaire qui demandait une formule. De même, un héritier, considéré comme *suspectus*, était obligé de donner caution aux créanciers de la succession, et s'il refusait de la donner, on vendait toute l'hérédité, parce que, par son refus, il semblait se constituer en état d'insolvabilité; 3° enfin la caution *rem pupilli salvam fore* : son refus entraînait, contre celui de qui elle était exigée, la *pignoris capio* [12].

ARTICLE III.

§ LXXXVIII. — *Res cognitionis* [1].

Il y avait certains procès que le magistrat jugeait lui-même,

[8] L. 5 pr. f. D. de verb. obl. L. 28 D. de æd. ed. (21, 1). § 2 J. h. t.

[9] L. 1, § 9, 10, D. h. t. L. 52 D. de verb. obl.

[10] L. 3, § 2. L. 11, § 3, D. de aqua (39, 3).

[11] L. 1 pr. § 2, D. ut leg. vel fideic. serv. causa caveatur (36, 3). L. 1, § 2, D. h. t.

[12] L. 1, § 2, D. cit.

[1] D. de extraord. cognition. (50, 13).

soit en vertu d'édits prétoriens, soit en vertu de constitutions impériales [2] : les édits prétoriens lui conféraient ce pouvoir dans les restitutions en entier quelquefois (§ 101), ou lorsqu'il fallait exiger une caution (§ 87); et les constitutions impériales lui permettaient de juger dans certains cas, et, dans d'autres, lui en faisaient un devoir. Il ne faut pas conclure toutefois, de ce que des constitutions prescriraient d'une manière générale, pour certaines affaires, de s'adresser aux magistrats compétents, que les magistrats alors n'auraient pas pu nommer un juge [3]. Également on rencontre quelquefois l'intervention immédiate du magistrat comme portant une décision, dans des circonstances où il pourrait donner une action, ou au moins un interdit; c'était, sans doute, lorsque la contestation était de peu d'importance et urgente [4]. Relativement à la *ventris inspectio*, c'était le magistrat seul qui statuait, conformément à un édit du préteur et à des rescrits des empereurs. Et spécialement il y avait *cognitio* dans tous les cas sur lesquels l'ancien droit civil et le droit prétorien étaient muets, et où cependant il fallait bien que l'autorité du magistrat se manifestât pour rendre obligatoire ce qui sans cela n'aurait été régi que par les règles impuissantes du for intérieur et des convenances. La simple *cognitio* servait donc à régler des difficultés qui s'élevaient entre des personnes entre lesquelles un procès véritable ne pouvait s'agiter, ou relativement à des matières auxquelles n'avaient pourvu ni le droit civil, ni les prescriptions prétoriennes. Aussi ce ne fut que sous les empereurs que cette voie nouvelle commença à être pratiquée. Dans ces cas de *cognitio* figurent les plaintes des esclaves contre leurs maîtres et des enfants contre leur père; les demandes en affranchissement ou en

[2] Tac. A. XIII, 51 : « — edixit princeps, ut — Romæ prætor, per provincias, qui pro prætore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent. »

[3] L. 8, 9, D. off. præsid. (1, 18).

[4] Voy. *infra*, § 142 et Heffter, Instit. p. 405, n° 4.

émancipation [5] ; celles relatives aux aliments [6], aux honoraires des personnes qui enseignent ou exercent les arts libéraux [7], à ceux des avocats [8], aux salaires des courtiers [9] et des nourrices [10], etc. Ces cas de *cognitio* auraient été plus nombreux, ou cette matière aurait peut-être pris un autre caractère juridique, s'il n'avait existé de la part des esclaves envers leurs maîtres, et des affranchis envers leurs patrons, des rapports si multipliés de dépendance, tant de devoirs impérieux à remplir. Ici nous devons aussi placer les fidéicommis qui étant, par leur forme, en dehors des règles du droit proprement dit, avaient besoin, pour avoir vie, de l'autorité du magistrat; mais la pratique finit par leur donner tout autant d'efficacité qu'aux legs [11]. Lorsqu'un défendeur, attaqué dans une *cognitio*, avait à faire valoir contre le demandeur une *mutua petitio*, il pouvait la soumettre au magistrat dans ce même litige ainsi engagé [12].

ARTICLE IV.

§ LXXXIX. — *Disparition du judiciorum ordo* [1].

Les *judicia extraordinaria* étant devenus assez nombreux, ainsi que nous l'avons exposé dans le paragraphe précédent, on ne dut plus autant s'étonner, sous les empereurs, de voir les magistrats juger. Les empereurs eux-mêmes évoquaient quelquefois des affaires à leur tribunal, pour les examiner et les terminer par une décision définitive. Au lieu de nommer

[5] V. Ramos del Manzano, de SCC. et constitut. circa moram in fideicomm. libertate factis, dans Meerm. Th. t. VII, p. 39-42.

[6] L. 5 D. de agnosc. (25, 3). Conf. Savigny, Zeits. t. 6, p. 238, note 1.

[7] L. 1 pr. § 1 sqq. D. h. t.

[8] V. *infra*, § 166.

[9] L. 3 D. de proxenet. (50, 14).

[10] L. 1, § 14, D. h. t.

[11] Voy. *supra*, § 75, notes 5 et 9.

[12] L. 1 f. D. h. t.

[1] Noodt, de jurisd. I, 7. C. L. Goldschmidt, über litisc. u. Einreden Franf. sur le Mein, 1812, p. 21 et suiv. Savigny, histoire, t. 1, p. 73 et suiv. (Guenoux). Mühlenbruch, cession, 2e édit. p. 162.

un *privatus judex* comme autrefois, dès le règne des Sévère on adressait les litiges à des juges pédanés (voy. § 18). Les gouverneurs de provinces, avant ou sous Dioclétien, étaient déjà dans l'usage de connaître des questions de libertinité et d'ingénuité [2], avant que cet empereur ne leur enjoignît partout de juger, en leur permettant toutefois de renvoyer quelques procès aux juges pédanés, mais seulement par exception, lorsqu'ils étaient trop surchargés d'affaires, et jamais dans les espèces qui auparavant devaient appartenir à leur *cognitio* [3]. Dès lors l'ancien *ordo judiciorum* fut supprimé, au moins dans les provinces. Nous ne pouvons indiquer cette suppression d'une manière plus positive [4]. Dans tous les cas, la nouvelle organisation établie par les empereurs chrétiens renversa les anciennes règles. Aussi Justinien, faisant allusion au système d'autrefois, dit-il que de son temps partout *extra ordinem jus dicitur* [5]. Cependant depuis cette révolution dans la procédure on continua encore, dans les cas où jadis le *judicium* était *ordinarium*, à rédiger des formules; mais alors elles ne devaient plus servir d'instruction à un juge qui n'existait plus; elles ne servaient qu'à régulariser l'instance et on les insérait dans les actes. Ce dernier vestige d'une procédure antique se perdit encore sous le règne des fils de Constantin [6]. Cependant, de

[2] L. 2 f. C. de ped. jud. (3, 3). L. 11 C. de lib. caus. (7, 16).

[3] L. 2 C. cit et *supra*, § 18, *in fine*.

[4] Hop, de jud. dans Oelrich, thes. n. Vol. I. T. II, p. 556 et suiv. pense que le *judiciorum ordo* a pu subsister à Rome jusqu'à la chute de l'empire d'Occident, et qu'à Constantinople il a été supprimé par les constitutions des empereurs chrétiens. Mais il est certain que l'organisation judiciaire nouvelle concernait aussi Rome et l'Italie. — Il est vrai que les procès dès lors furent jugés en partie par les magistrats (*judices*), et en partie par les juges pédanés, comme l'explique Tigerstrœm, p. 62 sq. p. 181 sq.; mais aussi il est toujours extraordinaire de soutenir que les passages de la compilation de Justinien qui parlent de la *judicis datio* ancienne, ont trait aux juges pédanés du nouveau droit.

[5] V. *supra*, § 49, *in fine*, et conf. L. 3 C. de interd. (8, 1) de Dioclétien. Voy. aussi note 2, *supra*.

[6] « Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur, » telles sont les expressions de la consti-

même qu'auparavant l'action était demandée et obtenue en conformité de l'*actionis postulatio*, de même encore l'action était demandée et obtenue [7] sur un exposé de demande correspondant aux anciennes formules, et admis comme tel par le magistrat. Ce fut Théodose le Jeune qui dispensa de cette dernière formalité, devant les tribunaux supérieurs comme devant les inférieurs (devant ceux-ci, avant lui, elle n'était plus probablement observée), en ce sens que si le demandeur avait omis de demander la formule d'action, formalité purement préliminaire, on ne pouvait plus le repousser par l'exception *non impetratæ actionis ;* il suffisait que l'action qu'il exerçait fût appropriée à sa prétention ; avec d'autant plus de raison que même autrefois les termes de l'*actionis postulatio* n'étaient pas sacramentels et que le magistrat n'était pas obligé de s'astreindre à reproduire servilement les expressions employées par le demandeur [8]. Au reste, quoique pour former une action on ne fût pas obligé de se servir de certaines expressions prescrites sous peine de nullité, on était dans l'usage, pour mettre plus de précision dans sa demande, de recourir aux termes des anciennes formules ; seulement alors ils étaient employés à la première personne, comme sous le système des actions de la loi ; car ce n'était plus le magistrat qui rédigeait la demande [9].

tution, qui ont passé dans la L. 1 C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2, 58) ; conf. *infra*, note 8.

[7] L. 1 C. Th. de dolo (2, 15). L. 1, § 1, C. Th. de act. (4, 14). L. 9 C. Th. de infir. (15, 14). Voy. note 8, *infra*, et Lœhr, Ubersicht, II, p. 51 et suiv. not. 2.

[8] L. un. C. Th. de omissa actionis impetrat. (2, 3), ou L. 2 C. de formulis (2, 58). Jacques Godefroy pense que la L. 1 C. de formulis faisait partie de cette constitution de Théodose, que par conséquent les compilateurs auraient mal à propos attribué cette partie aux enfants de Constantin : mais on ne voit pas trop sur quoi repose une semblable opinion.

[9] C'est Stahl, p. 51, not. qui a fait remarquer que les formules que mentionne Théophile font toujours parler le demandeur à la première personne, en faisant observer, avec raison, que depuis la suppression du *judiciorum ordo* les formules étaient employées directement par les parties et en leur nom. Voy. aussi le § 90, *infra*.

ARTICLE V.

§ XC. — *De toutes les actions, depuis la suppression du judiciorum ordo.*

Dans les cas où autrefois aucune formule n'était rédigée, où par conséquent il n'y avait lieu qu'à une *extraordinaria cognitio*, il n'y eut point, sous le dernier système, d'*actionis impetratio;* ici l'exposé de la demande n'était soumis à aucune règle, et l'affaire elle-même était jugée avec plus de simplicité que les actions proprement dites [1]. Quant à ces dernières, elles restèrent avec leur diversité sous le rapport matériel. Mais la différence entre les actions *in jus* et les actions *in factum* s'effaça ; et quand il fut question d'action *in factum*, on n'entendit plus par là qu'une action non fondée sur le droit civil, ou plutôt sur les principes de l'ancien droit. De même l'expression d'action utile ne présentait plus à l'esprit que l'idée d'une action permise par extension d'une ancienne action ; mais elle n'offrait plus de différence au fond avec l'action directe qui lui avait servi de type ; ce qui avait tenu à la forme n'existait plus [2]. Toutefois, comme une action, qui ne doit sa naissance qu'à une fiction ou à une extension, ne s'applique pas toujours dans une sphère aussi vaste que l'action originaire dont elle n'est qu'une imitation, il y eut toujours de l'importance, même dans le droit de Justinien, à reconnaître si une action était utile ; car alors il fallait voir quelles étaient les limites de son application [3].

En ce qui concerne les actions de droit strict, de bonne foi

[1] En effet, d'une part, Justinien consacre un titre particulier aux *extraordinariæ actiones*, et, d'autre part, il distingue toujours, et même dans ses Institutes, les actions par leurs différentes formules. Conf. Noodt, de jurisd. I, 15.

[2] Voy. § 49, note 8, *supra*.

[3] Ainsi il fallait voir jusqu'à quel point on pouvait accorder le droit d'intenter *utiliter* une revendication à celui qui n'était pas propriétaire. Il pouvait donc y avoir encore des actions utiles sous Justinien (§ 54, note 6, *supra*); voy. L. 30 C. de jure dot. (5, 12).

et arbitraires, les Institutes de Justinien témoignent clairement qu'elles sont restées distinctes. En effet, quoique l'exposé de la demande n'ait plus été enchaîné dans des formalités aussi étroites, soumis à des formes aussi rigoureuses, ce même exposé devait cependant indiquer au juge la nature de l'affaire qui se présentait devant lui, lui faire pressentir les résultats qu'elle devait entraîner.

Mais la procédure *per sponsionem* ne se rencontrait plus; et, dans les espèces où l'on pouvait choisir entre cette forme et l'action arbitraire, ce fut celle-ci qui fut en usage [4]. Dans cette dernière, le juge avait encore à ordonner la restitution ou l'exhibition; il pouvait accorder au défendeur un délai pour obéir à son ordre, ou bien, dans le cas de résistance de sa part, faire exécuter sa volonté lorsque le demandeur le désirait, ou, dans l'autre hypothèse, le condamner à une somme d'argent, avec ou sans *pœna*, conformément aux anciennes règles [5]. Seulement le principe qu'il fallait toujours condamner à une somme d'argent, n'était plus en vigueur sous Justinien [6]. Sont restées les actions *in rem*, comme tendant à faire constater l'existence d'un droit réel, avec leur forme arbitraire, la restitution et la condamnation; est restée également l'action préjudicielle avec son but unique, celui de faire constater un fait, pour ensuite tirer de cette constatation tel avantage que de droit [7].

Les actions *in factum* furent conservées en aussi grand nombre que le droit ancien pouvait en avoir transmis. Quant aux interdits, qui autrefois conduisaient à des actions, il est certain qu'il n'y en eut plus depuis Dioclétien; mais il était permis d'actionner immédiatement *ex causa interdicti*, c'est-à-dire, en se fondant sur les motifs qui jadis autorisaient à solliciter un

[4] Voy. §§ 67 et 68, *supra*. Ribbentrop, Diss. p. 26, note 29.

[5] § 2 J. de off. jud. § 31 J. de action. L. 68 D. de rei vind. (6, 1). L. 7 C. de except. rei jud. (7, 53).—Ribbentrop, p. 81 sqq. note 35.

[6] Voy. § 153, *infra*.

[7] § 13 J. de action. voy. le *præjudicium sanguinis* de la L. 16 C. Th. de episc. (16, 2).

interdit. Les interdits étaient devenus des *extraordinariæ actiones*; le juge procédait donc ici absolument comme l'aurait fait autrefois le juge, si le préteur, au lieu d'accorder un interdit, avait accordé une action utile par analogie d'un semblable interdit [a].

CHAPITRE II. — DES MOYENS DE DÉFENSE [1]; DES PRÉTENTIONS CONTRAIRES.

§ XCI. — *Origine et définition des exceptions* [2].

Dans le langage juridique, tout moyen employé par le défendeur pour résister à la demande de son adversaire s'appelle *defensio*, soit qu'il consiste simplement à nier le fondement de cette demande, soit qu'il consiste à élever contre cette demande une prétention contraire [3]. Si la demande, déjà

[a] § ult. J. de interd. (4, 15). De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra-ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum : *sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* De là la rubrique D. de interdictis, *sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.* Dioclétien dit : L. 3 C. de interd. (8, 1) : Interdicta autem, licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. L. 17 C. de act. emt. (4, 49) — ad instar interdicti — experiendum. L. 2 C. und. vi (8, 4) — vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo. L. 4 C. eod. — Il n'y a pas de motif pour considérer comme interpolés ces passages de Dioclétien. — Savigny, de la possession, 5e édit. p. 408, note 1.

[1] Gaius, IV, 116 sqq. D. de exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis (44, 1). C. de exceptionib. seu præscript. (8, 36). J. de except. (4, 13), de replicationib. (4, 14). — Brissonius, de formulis, V, c. 74-80. Histoire des exceptions par Carl Sintenis, dans les Jahrb. des gem. dents. bürg. Prozesses, Nuremb. 1829, t. 1, cah. 1, no VII, p. 158-179.

[2] Hübbe, de except. rei judicat. § 2, 4, 5.

[3] Cic. pro Tullio, c. 45 f. Quinct. I. O. I. 8, no 9. L. 43 pr. D. de reg. jur. L. 56 D. de cond. ind. (12, 6). L. 4, 9, 11 C. h. t. Gaius, IV, 116 — exceptiones, defendendorum eorum gratia. — (Ainsi le nom de *défense*, dans un sens large, comprend tous les moyens du défendeur, moyens du fond et exceptions; dans un sens étroit, le nom de défense est donné aux moyens du défendeur qui tendent à soutenir le contraire

par la manière dont elle était présentée, s'opposait à ce que l'action fût accordée, le magistrat la refusait; or il fut permis toujours au défendeur de signaler l'inadmissibilité de l'action. Sous le système des actions de la loi, une expression inexacte, employée par le demandeur, suffisait même pour que l'action fût refusée (voy. *supra*, § 32). De tout temps aussi la prétention d'un plaideur, niée par son adversaire, et non appuyée de preuves, a été considérée comme étant sans aucune valeur. Mais les exceptions n'ont fait leur apparition que sous le système formulaire; elles ne pouvaient figurer sous le système des actions de la loi; la forme de celles-ci s'y opposait, et le nom de *legis actiones* indique suffisamment que les exceptions n'étaient pas alors en usage [4]. Elles sont, en effet, d'origine purement prétorienne [5]. Car un droit, qui doit son existence au droit civil, peut perdre cette existence par l'effet d'un événement qui vient affecter sa base, être éteint *ipso jure*. Le juge, qui a pour mission, par la formule *concepta in jus*, d'examiner si un *jus* compète au demandeur, doit refuser tout effet à un droit éteint tout comme s'il n'avait jamais existé; car dans ces cas il est vrai de dire *non paret*. En cela le système formulaire ne diffère point de celui des actions de la loi; à toutes les époques le défendeur, tout en reconnaissant que le droit avait existé, a pu être admis à prouver qu'il avait cessé d'exister (*ipso jure*), et éviter ainsi la condamnation. Mais, à côté du *jus civile*, s'éleva peu à peu un droit rival, celui de l'équité; chaque fois qu'il était inique qu'un défendeur fût condamné [6]

précisément de la prétention du demandeur; l'exception est un moyen qui, quoique ne tendant pas positivement à soutenir que le demandeur n'a pas le droit réclamé par lui, a cependant pour but de paralyser les effets de ce droit. Voyez M. Ducaurroy, n°s 1320 et 1321. E.)

[4] Gaius, IV, 108. Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat: *nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

[5] Cicéron, de inv. II, 19, dit aussi «*prætoriæ exceptiones.*» — L. 3, § 1, D. de const. pec. (13, 5).,. quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est per exceptionem.

[6] Gaius, IV, 116.

quoique le droit du demandeur prît sa force dans le *jus civile*; chaque fois qu'il y avait lutte entre l'équité et le droit civil, le défendeur pouvait recourir à l'exception. Le motif de l'exception n'avait donc pas la puissance de détruire le droit exercé par le demandeur, mais d'en paralyser les effets [7]. Or, précisément tel est le caractère du droit prétorien qui, d'une part, fait servir l'équité à triompher de la rigueur du droit civil, et, d'autre part, tout en laissant intacts les principes du droit civil, en empêche l'efficacité. Le moyen par lequel le préteur paralyse quelquefois la puissance que doit régulièrement exercer un droit, de manière à rendre la condamnation du défendeur impossible, est ce qu'on appelle une exception [8] : le magistrat impartit ce moyen par une *adjectio formulæ*, insérée entre l'*intentio* ou la *condemnatio*, laquelle avertit le juge de ne pas condamner, même *si paret*, pourvu toutefois que le défendeur fasse la preuve de son allégation (v. § 93, *infra*). Ce qui dénote encore que les exceptions tirent leur origine du droit prétorien, c'est qu'il n'y en avait pas du temps des actions de la loi; c'est, en outre, que plusieurs des effets qui, dans les *legitima judicia*, étaient produits *ipso jure*, étaient produits dans les *judicia imperio continentia* par une exception; c'est-à-dire, que ce qui avait lieu dans les premiers *judicia* en vertu du droit civil, se réalisait dans les seconds d'une manière particulière au droit du préteur (§ 34, *supra*). Quant aux actions civiles, qui puisaient leur principe dans l'équité, auxquelles par conséquent l'équité servait de règle, l'emploi d'un moyen semblable de la part du défendeur n'y apparaissait pas comme exception. C'est pourquoi nous pouvons admettre que, déjà dans la *judicis postulatio*, une condamnation ne pouvait être fondée sur un droit combattu par l'équité [9]; au moins est-il certain que dans les actions de bonne foi du système formu-

[7] Hollweg, Versuche, p. 378 et suiv.

[8] Gaius, l. c. pr. J. h. t. L. 2 pr. — ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. — § 2 D. h. t. L. 17 f. D. de evict. (21, 2) — intentione per exceptionem elisa.

[9] Hübbe, p. 11.

laire il n'était pas besoin d'une exception pour empêcher le juge de prononcer une sentence que l'équité aurait réprouvée (§ 63, *supra*). Cependant, en donnant au mot *exceptio* un sens plus vague, on dit quelquefois que, dans les actions de bonne foi, il rentre dans l'office du juge d'admettre une exception fondée sur l'équité; mais pour faire entendre qu'ici il peut, sans qu'il en ait reçu la mission spéciale, admettre des considérations que, dans les actions de droit strict, il ne pourrait faire entrer en ligne de compte que si une *exceptio* avait été insérée dans la formule [10].

Il est vrai que le droit civil lui-même a donné naissance à des exceptions [11]; mais il ne l'a fait que d'une manière indirecte, par des dispositions ne produisant pas d'effets immédiats, des sénatusconsultes ou des constitutions (*imperfectæ leges*) dont la mise à exécution dépendait encore de l'autorité du préteur [12]; et quand même il serait démontré qu'une loi aurait positivement créé une exception, une semblable loi, qui ne serait qu'une imitation des principes du droit prétorien, n'autoriserait pas cependant à nier l'origine prétorienne du système des exceptions. Le système des exceptions a pris tellement d'extension, qu'on les opposait même à des actions prétoriennes. Enfin dans les *extraordinariæ cognitiones*, et dans tous les cas, lorsqu'il n'y eut plus de formule, les exceptions ne purent pas se présenter avec leur forme; et toutefois on continua à appeler exceptions les moyens qui, sous le système formulaire, avaient été mis en usage en vertu de l'*exceptio* insérée dans la formule. Il en était ainsi dans le dernier système de la procédure romaine avec d'autant plus de raison, que la différence entre les moyens *ipso jure* et les moyens *exceptionis ope* d'éteindre les obligations a continué à se maintenir, et que même les défenses et les ex-

[10] L'expression *exceptiones judicio insunt* doit être ainsi paraphrasée: « Un moyen, qui n'est employé que par suite d'une exception dans certaines actions, est ici pris en considération par le juge sans exception insérée dans la formule. »

[11] Gaius, IV, 118, § 7 J. h. t.

[12] Schrœter, Observ. p. 101 sq.

ceptions n'ont jamais été confondues dans la pratique judiciaire [13]. Il est même à remarquer que plusieurs exceptions ont été introduites dans les derniers temps. Justinien, modifiant l'ancienne définition de l'exception d'après son époque, dit que l'on a recours à l'exception lorsque « *ipsa persecutio, qua actor experitur, justa* (il ne dit plus « *ut qui jure civili teneatur*, ») *iniqua sit adversus eum cum quo agitur* [14]. »

§ XCII. — *Des rapports de l'exception avec l'action.*

L'exception repose sur une prétention tout aussi distincte et tout aussi soumise à une démonstration que la demande; dans ce sens on peut donc dire « *agere etiam is videtur, qui excipit* [1] »; mais l'exception étant employée par une personne qui se trouve placée dans un rôle originairement passif, et ayant pour but, en définitive, de résister à une attaque, Paul a pu dire: « *Actionis verba non continetur exceptio* [2]. » Le terrain de l'exception est plus vaste que le terrain de l'action [3]; car certains motifs, qui ne pourraient servir de fondement à une demande, peuvent être invoqués comme exceptions par le défendeur (*in retentione non in petitione* [4]). Plusieurs exceptions, quoique se contredisant, peuvent être alléguées à la fois [5] contre le droit réclamé, et ce droit lui-même être encore dénié [6]. Car

[13] Voyez *supra*, § 98 et Hübbe, p. 35, p. 42.

[14] Pr. J. h. t.

[1] L. 1 D. h. t. (44, 1). L. 19 pr. D. de prob. (22, 3). (Relativement à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, il y avait un principe tout particulier : quand elle était opposée, le demandeur devait, pour en empêcher les effets, prouver que l'argent avait été compté. Voy. M. Ducaurroy, nos 1327 et 1328. Voy. aussi un excellent article de M. Bonnier, professeur suppléant à la faculté de droit de Paris, dans la Revue étrangère et française de MM. Fœlix, Duvergier et Valette, éditée par Joubert à Paris, 2e série, t. 4, p. 177 et suiv. E.)

[2] L. 8, § 1, D. de verb. sign. (50, 16).

[3] L. 1, § 11 f. D. de superf. (43, 18).

[4] Ulp. VI, 10 f. L. 51 D. de cond. indeb. (12, 6).

[5] L, 5, 8 D. h. t.

[6] L. 43 pr. D. de reg jur.

l'exception n'implique pas d'aveu [7]. Il fallait bien, en effet, d'après le principe que la *litiscontestatio* opérait novation, n'omettre aucune de ses ressources. Toutes ces règles ont conservé leur empire après la suppression du système formulaire. De même qu'il y avait des actions utiles par extension d'autres actions, de même il y a eu des exceptions utiles [8]; et, de même que pour une action, la question de savoir si une *exceptio* ou une *præscriptio* devait être accordée, pouvait donner lieu à une *causæ cognitio* [9]. Généralement la clause d'exception n'était insérée dans la formule que sur la proposition du défendeur [10]; mais il n'était pas indispensable qu'il la proposât, en ce sens du moins que, lorsque le préteur l'insérait de lui-même, elle produisait les mêmes résultats et ne perdait pas pour cela son caractère d'exception. Ainsi, dans les cas où l'édit du préteur promettait hypothétiquement une action, par exemple lorsqu'il promettait des actions temporaires, sous la condition que le délai pour l'exercer ne serait pas encore écoulé [11], ou lorsqu'il promettait un interdit sous la condition qu'il n'y aurait ni violence, ni clandestinité, ni précarité de la part du demandeur, dans ces cas, disons-nous, le préteur, en accordant l'action, insérait lui-même une restriction dans la formule; car il n'accordait cette formule que conformément à son édit; et quand la condition avait défailli, par exemple, quand le délai pendant lequel seul il permettait de réclamer l'action était écoulé, si l'exposé de la demande rendait déjà ce fait certain, il refusait le *judicium*. Quand une semblable clause se trouvait dans la formule sous la forme d'une exception [12], elle en prenait le nom [13]. Au reste, le défendeur devait aussi, dans le dévelop-

7 L. 9 D. L. 8 C. h. t.

8 L. 41 D. de minor. (4, 4). L. 21 de præscript. verb. (19, 5).

9 Cic. de inv. II, 19, 20. L. 1, § 6, D. de flumin. (43, 12).

10 Cic. l. c. Gaius, IV, 119, etc.

11 L. 10 pr. D. quæ in fraud. cred. (43, 8): « et si non plus quam annus est, quum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est. »

12 Car dans Cicéron *pro Tullio*, c. 44, on rencontre aussi cette formule: « Unde tu — *in hoc anno* dejecisti. »

13 Voyez Cic. pro Cæc. c. 8, conf. avec c. 31, 32. — Cic. ad div. VII,

pement de ses moyens, invoquer ceux qui dépendaient de l'*officium* du juge, de même que ceux qui reposaient sur le droit civil, c'est-à-dire, il devait faire la preuve des faits auxquels s'appliquaient ces moyens; en effet, le juge romain ne savait ou ne devait savoir que ce que les débats lui avaient appris. Toutefois il n'était pas nécessaire que les faits qui devaient l'éclairer eussent été présentés d'une manière spéciale, il suffisait qu'ils fussent échappés à l'imprudence du demandeur, ou qu'ils résultassent de paroles dites à la légère par le défendeur [14]; en effet, il avait la mission générale d'examiner *si paret*, et, dans les actions de bonne foi, de se référer à l'équité. De cette idée si répandue chez nous que le juge doit se borner strictement à statuer sur les moyens ou les conclusions des parties et rarement suppléer d'office des exceptions, il ne se trouve aucune trace ni dans les sources du droit de Rome, ni dans la langue de ses jurisconsultes. La différence entre *ipso jure* et *exceptionis ope* ne reposait pas sur cette idée, et elle n'avait pas trait à l'*officium* du juge, en ce sens qu'il importait peu au défendeur comment il était absous, si c'était par un motif ou par un autre [15].

Quant aux exceptions proprement dites, elles différaient des moyens du droit civil, en ce qu'elles seules devaient être insérées dans la formule, que par conséquent le défendeur devait déjà les invoquer devant le magistrat, et même, depuis la disparition du système formulaire, il n'était pas sans importance de les mentionner au début du procès (voy. *infra*, § 98, *in fine*).

13. L. 1, § 11, D. de itin. (43, 19). L. 7, § 3, 4. L. 22, § 2 f. D. quod vi aut clam (43, 24). Voyez, en outre, *annua*, *annalis exceptio*, L. 30, § 5, de pec. (15, 1). L. 1, § 10, quando de pec. (15, 2). Conf. aussi Schrœter dans la Zeits. f. Civilr. u. Proz. t. 2, cah. 2, p. 252 et suiv. note 1.

[14] Hübbe, p. 39 et suiv.

[15] L. 112 D. de reg. jur. — L. 7, § 8, de dolo (4, 3). L. 8, § 1, de const. pecun. (13, 5). L. 7, § 14 f. D. quib. ex caus. (42, 4). L. 60 D. de reg. jur.

§ XCIII. — *Des exceptions sous le rapport de la forme* [1].

Il ne peut s'agir de la forme des exceptions [2] que sous le système formulaire, et qu'autant qu'elles étaient insérées dans la formule. Elles paralysaient la force de l'*intentio* en ce qu'elles subordonnaient la *condemnatio* à une condition [3]. La plus ancienne manière d'exprimer cette restriction de l'*intentio* était conçue en termes positifs « *extra quam*, etc. [4]. » Mais celle qui fut le plus en usage était conçue en termes négatifs, avec ces mots : « *si non*, *nisi;* » par exemple : « *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit* [5]; » ou bien, contre l'action *venditi:* « *si ea pecunia qua de agitur*, *non pro ea re petitur quæ venit neque tradita est* [6], etc. [7]. » Quelquefois on mettait au commencement *ac*, ou *at*, ou *aut*, par exemple : « *at*, *si ea res judicata non sit*, etc. [8]; » ou bien elle empruntait cette tournure : « *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse*, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE rel. [9]; » quelquefois aussi elle commençait par *quod* [10], non-seulement lorsque c'était une exception qui avait pris la place d'une *præscriptio* (§ 96), mais aussi dans les interdits, par exemple : « *Quod incendii defen-*

[1] Cujas, Obs. v, 34. — Heffter, Obs. XXII.

[2] Cette matière était traitée par Paul, dans son livre *de Conceptione formularum*, L. 20 D. h. t. (44, 1).

[3] Gaius, IV, 119, et, *supra*, § 91, note 8.

[4] Conf. Cic. de Inv. II, 20. Quoique ce soit ici un exemple de *præscriptio*, cependant Cicéron lui donne le nom de *exceptio;* d'un autre côté, l'une se distingue bien de l'autre par la place qu'elle occupe dans la formule; mais il n'y a entre elles aucune différence sous le rapport de la forme. Voy. *infra*, § 96. Conf. Cic. ad Att. VI, 1, de invent. I, 33. Labeon L. 1, § 16, de flum. (43, 12).

[5] Gaius, IV, 119.

[6] L. 25 D. de act. emt. (19, 1).

[7] Conf. Brissonius, de form. V, 75.

[8] Brisson. V, 77.

[9] Gaius, IV, 47 f.

[10] Brisson. V, 76.

dendi causa factum non sit, etc. [11] » Toutefois cette dernière manière de s'exprimer n'avait pas trait à la forme dont l'exception était revêtue, mais plutôt au fond de l'exception [12]; c'est ce qui a lieu pour l'exception mentionnée par Cicéron [13] : « *Quod ea res in judicium antea venisset ;* » car la forme d'une telle exception devait être négative [14]; c'est ce qui a lieu également dans cette expression que l'on rencontre : « *Exceptio, quod res judicata sit inter me et te* [15]. » De même ces mots « *exceptio quod metus causa* » indiquent le commencement de l'édit ; car la forme de cette exception est : « *Si in ea re nihil metus causa factum sit* [16]; » enfin ces autres mots « *exceptio quod facere possit* » ne sont pas ceux employés dans la formule ; car, pour ce cas, on dit : « *Duntaxat in id quod facere potest, condemna* [17]. »

A l'exception peut aussi être opposée une réplique (*exceptionis exceptio*) ; ainsi contre l'exception « *si non convenisset, ne eam pecuniam peteret,* » on pouvait ajouter par opposition : « *si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret* [18] ; » ou bien, à cette exception « *si non curator vendiderit,* » la réplique : « *aut si, satisdatione interposita, secundum decretum vendiderit* [19]. » A la réplique pouvait aussi être opposée une duplique, à celle-ci une triplique, et ainsi de suite. Toutes ces

[11] L. 7, § 3, 4, quod vi aut clam (43, 24), L. 1, § 6, ne quid in flum. publ. (43, 13).

[12] Heffter, p. 108, *in fine*.

[13] Cic. de or. I, 37.

[14] Nous ne trouvons aucun texte qui nous apprenne que des exceptions, considérées comme conditions de la condamnation, aient été conçues d'une manière positive.

[15] L. 11, § 3, D. de except. rei jud. (44, 2).

[16] L. 4, § 33, D. quod met. caus. (44, 2), avec L. 14, § 13, D. quod met. caus. (4, 2).

[17] Voy. *infra*, § 141.

[18] Gaius, IV, 126.

[19] L. 7, § 1, D. de cur. fur. (27, 10). L. 154 pr. de reg. jur. Voyez aussi Keller, p. 339 et suiv. not.

observations successives pouvaient de même être faites dans la procédure sans formules [20].

§ XCIV. — *Des exceptions en elles-mêmes.*

S'il y a plusieurs espèces d'exceptions, la division que l'on peut en faire ne peut pas correspondre à la différence qui distingue les actions *in jus* des actions *in factum*; car toutes les exceptions sont prétoriennes, et par conséquent *in factum*; c'est même avec cette addition *in factum* qu'elles sont souvent mentionnées [1]. Mais de même que parmi les actions *in factum* il y en a qui indiquent au juge un principe général à apprécier, telle que l'action de dol, et qui diffèrent d'autres actions où le juge doit restreindre son examen à l'appréciation d'un fait (§ 70), de même aussi il y a des exceptions qui invitent le juge à n'examiner un fait que d'une manière secondaire pour arriver à appliquer un principe général, tandis que d'autres exceptions lui imposent seulement le devoir de vérifier un fait. C'est dans ce sens qu'on distingue l'exception de dol de l'exception *in factum*, suivant que le juge aura à examiner si *in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit*, ou à constater s'il n'a pas commis un fait déterminé, par exemple, s'il n'a pas consenti à un *pactum de non petendo* [2]. De même les exceptions *si quid contra leges Senatusve consulta factum esse dicetur* [3], par exemple, les exceptions de la loi Cincia, du sénatusconsulte Macédonien, du sénatusconsulte Velléien, peuvent tendre à soumettre à l'examen du juge la question de savoir si la loi ou le sénatusconsulte est applicable, ou à ne lui soumettre que

[20] Voy. Gaius, IV, 126-129. Tit. I de replicat. L. 2, § 1-3, D. de exc. (44, 1). Brisson., IV, 80.

[1] L. 2, § 5, de doli exc. (44, 4). — L. 1, § 4, de exc. rei vend. (21, 3), L. 4, § 32, de doli exc. — L. 20 pr. de int. in jur. (11, 1). L. 27 de const. pec. (13, 5). L. ult. de Scto Mac. (14, 6). L. 1, § 4, de superf. (43, 18). L. 9 C. de non num. pec. (4, 30).

[2] L. 2, § 4, L. 4, § 32, de doli exc. Voyez aussi § 1 J. de exc. et Keller, p. 343.

[3] L. 3 D. de exc. (44, 1).

le fait isolé [4]. Ce qui est dit de l'exception s'étend à la réplique [5]. L'une ou l'autre forme de l'exception devait naturellement dépendre soit du genre de l'action dans laquelle elle était employée, soit du plus ou moins de précision que mettait le défendeur dans l'exposé du fait allégué contre la demande; dans tous les cas, lorsqu'il y avait à choisir entre l'exception *in factum* et l'autre, ce choix devait être abandonné au défendeur [6], de même que l'on abandonnait au demandeur le choix entre plusieurs formules. Ce choix n'était pas toujours possible, car souvent le fait en lui-même n'aurait pas suffi pour paralyser les effets de la prétention du demandeur; l'exception de pacte, par exemple, quelquefois ne pouvait être invoquée [7]; alors il fallait bien avoir recours à l'exception de dol. Mais, à l'inverse, si une exception *in factum* était possible, on pouvait, en règle générale, au lieu de cette exception, employer l'exception de dol; en effet « *et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose* [8]; » de telle sorte que, dans le sens le

[4] Jusqu'ici on n'a pas pu expliquer la différence indiquée dans les fragments du Vatican, § 310, entre l'exception de la loi Cincia et l'exception *in factum*. Ainsi voy. Heffter, p. 107, note 2. Voici la solution de cette difficulté : Si le donataire revendique la chose mancipée à titre de donation contre le donateur, celui-ci opposera cette exception : *si non donationis causa mancipavi*; ou bien si la donation ayant été promise dans une stipulation, il intente purement et simplement l'action *ex stipulatu*, le donateur lui opposera : *si non donationis causa promisi me daturum*. Voilà l'exception de la loi Cincia. Mais si, dans le dernier cas, le donataire intente une action *ex stipulatu*, en ajoutant que la promesse a été faite *ex causa donationis*, le donataire peut lui opposer l'exception : « *at si non contra legem Cinciam*, etc. » Le juge ici aura à examiner si le donataire est ou n'est pas une *excepta persona*, si la donation n'est pas *supra legis modum*, en un mot, tout en se référant à la loi Cincia, il n'examinera qu'un fait.

[5] L. 14, D. de fidej. (46, 1). L. 28, C. de trans. (2, 4).

[6] L. 2, § 4 f. D. de doli exc. — et quidem et de pacto convento excipi posse, nequaquam ambigendum est, sed et si hac (doli) quis exceptione uti *velit*, *nihilominus* poterit. (Voy. M. Ducaurroy, n° 1325. E.)

[7] Conf. L. 10, § 2. L. 21, § 2. L. 25, § 2, D. de pact. (2, 14). L. 4, § 8, de doli exc.

[8] L. 2, § 4, 5. L. 4, § 15, D. de doli exc.

plus large, toute exception peut être appelée exception de dol [9]. Toutefois l'exception de dol n'était pas donnée dans deux cas, savoir, lorsque l'ignorance du motif d'exception excusait suffisamment le demandeur [10], et lorsque les rapports des parties entre elles empêchaient que l'exception fût fondée sur le dol, comme cela arrivait relativement à l'action de dol qui, dans cette dernière circonstance, devait être remplacée par l'action *in factum* [11]. Au reste, dans la plupart des cas, les exceptions étaient conçues *in factum*, soit qu'on ne pût ou ne voulût point les fonder sur le dol : cela s'explique facilement si l'on réfléchit à la difficulté de ramener les divers motifs d'exceptions à un même principe, ou qu'en indiquant le fait, on indiquait par cela même suffisamment le principe, comme dans les exceptions qui tendaient à faire examiner s'il y avait eu *res judicata*, s'il y avait eu crainte inspirée.

La distinction entre les diverses exceptions que nous venons de signaler, repose sur la forme même qu'elles revêtaient dans la formule ; et quand cette formule a été supprimée, cette distinction a dû naturellement s'effacer ; mais les autres divisions des exceptions dont nous allons parler reposaient sur les effets qu'elles devaient produire, elles ont donc dû survivre au système formulaire.

Dans les cas où les successeurs même à titre particulier ont le droit d'intenter les actions de leur auteur, ils sont aussi autorisés à en invoquer les exceptions ; telle est l'exception *rei venditæ et traditæ ;* telle est aussi l'exception de la loi Cincia de laquelle il est dit une fois, à cause de cela, qu'elle est *popularis* [12]. En effet, on appelle *in rem* ou *rei cohærens* toutes exceptions qui compètent à l'héritier, au fidéjusseur, et même celles qui ne compètent qu'à l'héritier ou au fidéjusseur, par opposition avec celles qui sont restreintes à la personne de

[9] L. 12, D. eod.
[10] L. 2, § 5 cit.
[11] L. 4, § 16, eod. (Voy. M. Ducaurroy, l. c. E.)
[12] Vat. fr. § 266. Voy. A. G. de Schræter, de popularib. seu vulgarib. exc. ad leg. Cinc. Obs. n° v.

l'obligé, et qui, par ce motif, prennent le nom de *personæ cohærentes exceptiones* [13]. Et, à l'inverse, on donne aussi le nom d'exceptions *in rem* [14] à celles qui peuvent être opposées non-seulement à telle personne déterminée, mais encore à ses héritiers, ou bien encore à celles qui peuvent être opposées au successeur même à titre particulier de l'obligé; telle est encore l'exception *rei venditæ et traditæ*, et telle est l'exception de dol [15] lorsqu'elle est opposée par une personne qui n'a pas été elle-même victime du dol [16]; mais elle n'est pas *in rem* dans le sens passif, c'est-à-dire qu'elle ne doit être opposée qu'à celui qui est responsable du dol. On donne encore, à plus forte raison, le nom d'exception *in rem* à celle qui peut être opposée à tout le monde; telle est l'exception *quod metus causa*, l'exception *rei judicatæ* opposée à une action populaire, et par ce motif appelée vulgaire [17], ou bien l'exception tirée d'une sentence qui a statué sur la liberté ou l'ingénuité (conf. § 140, *infra*). Il reste toujours douteux que les expressions *vulgaris exceptio* et *popularis exceptio* soient synonymes; car la première est employée dans un sens passif, et la seconde dans un sens actif; il est même douteux que ces expressions soient techniques [18].

§ XCV. — *Des exceptions dilatoires.*

Une exception bien fondée et déjà constatée en fait devant

[13] L. 7, pr. § 1, D. de exc.

[14] Mühlenbruch, cessio, 2e édit. p. 563 et suiv.

[15] L. 2, § 1, 2. L. 4, § 27-33, D. de doli exc.

[16] Elle est ainsi formulée : « si *in ea re* nihil dolo malo » (neque enim quæritur, *adversus quem* commissus sit dolus) » Auli Agerii factum sit (car « specialiter exprimendum est, de *cujus* dolo quis queratur.) » L. 2, § 1, 2, D. eod. Mais il n'est pas toujours nécessaire, pour qu'on soit autorisé à opposer cette exception, que le demandeur soit celui qui a commis le dol; voy. note 15, *supra*. Au contraire, l'exception *quod metus causa* est toujours conçue *in rem*; voy. § 93, note 16, *supra*.

[17] L. 3, pr. D. de pop. act. (47, 23).

[18] Schrœter soutient l'un et l'autre, l. c. p. 97-100. D'après lui, par conséquent, ces deux expressions indiqueraient également des exceptions qui compètent à tout le monde et contre tout le monde.

le préteur empêche toute procédure ultérieure [1], de même qu'une prétention du demandeur dont le défaut de fondement est déjà certain *in jure* ne peut mener à aucun *judicium* [2]. Au contraire, une exception, quoique bien fondée, n'arrête pas le cours de la procédure, lorsque le fait sur lequel elle repose n'est pas encore constant devant le magistrat ; mais, une fois qu'elle est insérée dans la formule, elle a pour effet de détruire la prétention du demandeur pour toujours. Pourquoi donc distingue-t-on les exceptions en dilatoires et péremptoires [3] ? Cette distinction n'a de l'importance que pour les exceptions qui ne sont pas encore insérées dans la formule. En effet, on appelle dilatoires celles auxquelles le demandeur peut échapper en intentant son action plus tard ou d'une autre manière : or il ne peut y échapper, lorsqu'il a commencé déjà le procès mal à propos, qu'autant qu'il n'a pas laissé la *litiscontestatio* se former, qu'il s'est arrêté devant l'allégation de l'exception, qu'autant enfin que la formule n'a pas encore été rédigée et délivrée avec l'*exceptio* [4]. Une fois, en effet, qu'elle est insérée dans la formule, l'exception, dont jusque-là l'effet pouvait être évité, anéantit le droit de la demande [5], sauf la ressource, quand elle est possible, de la restitution en entier [6]. C'est précisément parce que [7] le demandeur ne peut faire valoir plus

[1] Tit. D. quar. rerum actio non datur (44, 5). — Cic. pro Flacco, c. 21. L. 9, § 5, D. de jurejur. (12, 2). L. 7, § 6, de Sct. Mac. (14, 6).

[2] L. 1, § 5, D. de dolo (4, 3).

[3] Gaius, IV, 120, 121, § 8-10, J. de exc. L. 3, D. eod. (44, 1).

[4] L'exception dilatoire *differt actionem*, comme dit Ulpien, L. 2, § 4, D. eod. mais non *item*. L'allégation d'une telle exception devant le préteur permet donc encore de *transférer* l'action à une époque postérieure. C'est pour cela que les orateurs romains appelaient cette exception *translatio*, *constitutio translativa*, tandis qu'ils donnaient le nom d'exception purement et simplement à l'exception péremptoire. Cic. de inv. I, 8, II, 19 et 20 ; ad Her. I, 12, II, 12, Quinct. I. O. VIII, 6. Aur. Victor, ars rhet. III, 9, 10, IV, 8 (voy. M. Ducaurroy, n° 1340).

[5] Gaius, IV, 123, 124 f. § 10, J. de exc.

[6] L. 16, D. de obl. et act. (44, 7), ou bien L. 2, de except. rei jud. (44, 2). Keller, p. 578 et suiv.

[7] Cujas ignorait ce motif, Obs. XVII.

tard l'action qu'il a demandée, et à laquelle il n'a pas renoncé sur l'allégation de l'exception, que le défendeur doit alléguer son exception dilatoire devant le préteur. La proposition d'une semblable exception procurait encore de grands avantages au défendeur même dans le dernier système, puisque, depuis Zénon et Justinien, le demandeur qui se trouve entravé par là ne peut renouveler son action qu'en éprouvant un préjudice (conf. § 178, *in fine*, *infra*).

Sont dilatoires, d'abord deux exceptions particulières au système formulaire, savoir : *litis dividuæ* et *rei residuæ* (voy. § 11, *supra*); sont en outre dilatoires l'exception de délai, résultant de la convention des parties, ou quelquefois de la loi [8], par exemple, les exceptions *cognitoriæ* et *procuratoriæ* [9], et ce qu'on appelle l'exception de division, « *si non et illi solvendo sint* [10]. » Cette dernière exception ne pouvait avoir lieu que lorsque le fidéjusseur n'avait pas obtenu *in jure* la division de l'action du créancier [11]. En ce qui concerne le béné-

[8] Gaius, IV, 122, § 10, I. L. 3, D. h. t.

[9] Gaius, IV, 124, § 11, J. L. 2, § 4, D. h. t.

[10] L. 28, L. 51, § 1, de fidej. (46, 1). Keller, p. 569, not.

[11] L. 51, § 4. L. 52, § 1, de fidej. (Le cofidéjusseur, attaqué par le créancier, devait obtenir le bénéfice de division devant le préteur; il ne le pouvait au moyen d'une exception : car si le créancier avait insisté devant le magistrat pour avoir l'action *in solidum* contre ce cofidéjusseur, et s'il refusait de consentir à la division, le préteur devait refuser l'action, puisqu'il était bien évident que l'allégation du défendeur était fondée. Mais si, sur la réclamation du bénéfice de division, le demandeur soutenait que les cofidéjusseurs étaient insolvables, et si le demandeur prétendait qu'ils ne l'étaient pas, le magistrat insérait, dans la formule qu'il accordait, l'exception « *si non et illi solvendo sint*, » de sorte que cette exception portait seulement sur la question de savoir si les autres cofidéjusseurs étaient solvables, et non sur la question de savoir si la division devait être opérée par le juge. Cette explication a été donnée par mon excellent ami M. Ferry, professeur suppléant à l'école de droit de Paris, dans sa thèse pour le doctorat, dédiée à l'ami de tous ceux qui se vouent à la science, M. Poncelet, professeur à l'école de droit de Paris. Est-ce là l'opinion de Zimmern? Alors elle ne serait pas clairement exprimée dans son texte allemand. E.)

fice de discussion [12] comme il a été établi par Justinien, il n'y a pas de difficulté à le placer parmi les exceptions dilatoires d'alors, en ce sens que le demandeur, qui avait persisté, malgré l'objection du fidéjusseur, à poursuivre ce dernier, encourait le préjudice dont nous avons parlé plus haut. Quant aux exceptions d'incompétence, elles n'ont jamais été appelées dilatoires par les jurisconsultes romains [13]; c'est à tort qu'on les a placées dans cette catégorie [14], ainsi que nous le démontrerons dans le paragraphe suivant.

§ XCVI. — *Des præscriptiones* [1] *et des præjudicia* [2].

Autrefois le défendeur pouvait avoir recours à certaines *præscriptiones*, c'est-à-dire à des clauses mises en tête de la formule, et commençant par ces mots: *ea res agatur* (§ 55, *supra*), absolument comme les *præscriptiones pro actore;* elles se distinguaient des exceptions en ce qu'elles étaient placées, non après, mais avant l'*intentio*. Au reste, la tournure d'une telle *præscriptio* ne paraît pas avoir différé de celle de l'exception; car, parmi les exemples cités par Gaius, celle ainsi conçue: « *Quod præjudicium hereditati non fiat*, » n'est pas étrangère aux exceptions (§ 93, *supra*); elle a même caractérisé toutes les prescriptions de cette espèce, lorsque, ainsi que cela avait déjà lieu du temps de Gaius pour toutes les *præscriptiones pro*

[12] Nov. 4.

[13] On cite, à ce sujet, la L. 19, C. de prob. (4, 19) : *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod asseverat oportet.* Mais cette loi ne peut s'appliquer à une exception d'incompétence, et elle ne présente aucune difficulté quand on l'entend dans le sens d'une exception dilatoire.

[14] C'est ce qu'on a déjà senti : conf. Gesterding, Ausbeute, v. Nachforsch. part. 2, p. 160 et suiv. p. 183 et suiv.

[1] Heffter ad Gaium, p. 110-115.

[2] Jac. Ræward, de præjudiciis libri II, Brug. 1560, 8, et dans opusc. p. 810-867, et cur. Hahn. Helmst. 1662, 4. Fr. C. de Savigny, de concursu delictor. formali, Marb. 1800, 8, § 13-15. Hollweg, Versuche, p. 123-127. Mühlenbruch, Proz. p. 27-29.

reo, elles n'ont plus figuré dans la formule que comme exceptions [3]. C'est en se servant d'une expression impropre que Cicéron a appelé exception cette clause : « *Extra quam si in reum capitis præjudicium fiat* [4] ; » car ce n'était là qu'une *præscriptio*, et du temps de Cicéron, les prescriptions n'étaient pas formulées de la même manière que les exceptions [5]. Avant d'aborder la question, non encore résolue jusqu'ici, de savoir en quoi, sous le rapport de leur nature et de leurs effets, les *præscriptiones*, qui sont devenues ensuite des exceptions, différaient des exceptions proprement dites, il faut que nous examinions la nature des *præjudicia*, auxquels nous savons avec certitude que le défendeur pouvait recourir comme à des *præscriptiones*. Dans le langage de la pratique, on appelait *præjudicium*, non pas précisément une instance préliminaire [6] dans le sens d'action préjudicielle, mais une décision qui, plus tard, pouvait ou devait servir de précédent [7]. Or une décision semblable pouvait servir de précédent par plusieurs motifs : 1° parce que les juges romains étaient disposés, dans des cas analogues, à régler leurs sentences sur l'autorité des décisions antérieures ; 2° lorsque deux choses distinctes dépendaient de la constatation d'un même fait, par exemple, quand un même fait faisait surgir deux procès [8]; 3° ou lorsque la même chose devait être soumise à une autre décision, ou être fondée sur la *res judicata* [9] ; enfin 4° *præjudicium facere* signifie aussi jeter

[3] Voy. Gaius, IV, 133, conf. avec L. 1, § 1, D. fam. erc. (10, 2). L. 13, de exc. (44, 1). L. 25, § 17, de her. pet. (5, 3). L. 16, 18, D. de exc. L. 12, pr. C. de pet. her. (3, 31).

[4] Cic. de inv. II, 20.

[5] Le contraire est cependant admis par Heffter, p. 110, et par Schilling, Bemerk. über r. Rg. p. 269, note 737. — Mais on ne sait pas même combien de temps avant Cicéron il y a eu des exceptions.

[6] C'est, en partie, sur l'ordre de ces idées que repose l'ordre des titres C. de ordine judic. (3, 8), de ordine cognitionum (7, 19). Savigny, p. 73-76.

[7] Ascon. in Cic. Divin. c. 4. Quinct. I. O. V, 2.

[8] L. 21, D. de exc.

[9] Quintilien distingue ces trois sortes de *præjudicia*; et toutes les signi-

de la défaveur sur une décision déjà rendue par une décision nouvelle ; ce qui quelquefois n'était pas permis.

On ne s'est pas occupé de se faire protéger contre les *præjudicia* de la première et de la troisième espèce ; ceux de la première étaient même vus avec faveur ; mais, quant aux *præjudicia* de la seconde espèce, on devait préférer que la décision sur l'affaire la plus importante exerçât son influence sur la décision de celle qui l'était moins, que, par conséquent, elle fût rendue la première : aussi la pratique et les jurisconsultes sont-ils parvenus à poser le principe [10] que la *minor causa* ne devait pas préjudicier à la *major* [11]. Or, la *causa* était considérée comme *major* : 1° lorsqu'elle appartenait à une juridiction spéciale, par exemple, lorsque c'était une cause fiscale [12], ou centumvirale [13], ou criminelle ; tandis que celle qui avait avec elle des rapports intimes était du ressort de la juridiction privée ordinaire [14] ; la *causa existimationis* était aussi regardée comme *major*, eu égard à un litige purement pécuniaire [15] ; 2° lorsqu'elle était tellement compréhensive, eu égard à une autre contestation, que la décision qui pouvait intervenir à son sujet

fications des expressions *præjudicium* et *præjudicare* se résument dans l'idée d'un préjudice causé. Voy. aussi Aur. Victor, ars rhet. VI, 8. La question à laquelle il est porté préjudice, c'est la seconde, et non la première, comme l'a cru Ræward. Il n'y a pas besoin d'ajouter que sous cette idée vient aussi se ranger l'action préjudicielle. Voy. Savigny, p. 56 et suiv.

[10] Ce qui prouve que ce principe n'était pas fondé sur une loi, c'est que les magistrats pouvaient s'en écarter impunément. Conf. Cic. de inv. II, 20, in Verr. III, 65. L. 7, § 1, D. de inj. (47, 10). L. 4 de publ. jud. (48, 1); conf. aussi L. 2, § 1, vi bon. rapt. (47, 8). Savigny, p. 89.

[11] L. 54 D. de jud. (5, 1).

[12] Julien, L. 35 D. de jure fisci (49, 14) : — ne publicæ causæ præjudicetur, idque Sctis expressum est.

[13] L. 12 init. C. de pet. her. (3, 31) : magnitudo et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

[14] Voy. *supra*, note 10, et L. 23, § 9, D. ad leg. Aq. (9, 2). L. 3, § 6, de tab. exh. (43, 5).

[15] L. 104 de reg. jur.

devait entraîner la décision de cette dernière sans qu'il dût y avoir de réciprocité. C'est sur cette seconde idée que reposait le *quod præjudicium hereditati non fiat*. Ainsi, lorsqu'une personne revendiquait un objet particulier en se fondant sur sa qualité d'héritier ; ou bien lorsqu'elle réclamait une chose ou la liberté [16] en vertu d'un testament, si la validité du testament, dans le second cas, le droit héréditaire dans le premier, étaient mis en question, on devait suspendre le litige jusqu'à ce que cette question dominante fût résolue ; il en était de même lorsqu'un demandeur voulant intenter l'action *familiæ erciscundæ*, le défendeur niait sa qualité de cohéritier [17] ; ici aussi jouait son rôle le *quod præjudicium hereditati non fiat*. Un procès ne devait pas non plus être résolu de manière à préjudicier à une question d'état, telle que celle de l'ingénuité ou de la liberté ; si par conséquent le *liberale judicium* était suscité, si la qualité d'ingénu était révoquée en doute, aucun procès dépendant d'une semblable question d'état ne devait être suivi avant qu'il eût été statué sur cette question [18]. On pouvait opposer également la *præscriptio* (*exceptio*) : *quod præjudicium prædio non fiat* à la revendication d'une servitude prédiale, lorsque celui qui l'intentait voulait revendiquer le fonds lui-même auquel il prétendait que cette servitude était due [19] ; ou cette autre *præscriptio : quod præjudicium fundo partive ejus non fiat*, à celui qui, désirant revendiquer un champ, voulait d'abord intenter l'action en partage, ou la *condictio* pour les fruits de ce champ [20]. Quand dans un procès survenait une question inci-

[16] Quand le litige sur la liberté et celui sur l'hérédité ne réagissent pas l'un sur l'autre, le premier n'est pas arrêté par le second : *dummodo*, dit le divus Pius, *prædicatur judici liberalis causa, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat*. L. 7, § 2, D. de her. pet. (5, 3).

[17] L. 5, § 2. L. 7 pr. § 1. L. 25, § 17, D. de her. pet. L. 32, § 10, de recept. (4, 8). L. 1, § 1, fam. erc. (10, 2). L. 13 de exc. L. 12 C. de pet. her.

[18] L. 3, § 8, 11, D. de Carb. ed. (37, 10). L. 2 C. de ord. jud. (3, 8). Voyez *supra*, § 66.

[19] L. 16 D. de exc.

[20] L. 18 eod.

dente, la décision sur la question principale impliquait aussi solution de cette question incidente; toutefois celle-ci alors n'était résolue que comme incidente et relativement à ce procès [21]; mais, dans les hypothèses dont nous venons de parler, la *præscriptio*, insérée dans la formule, ordinairement sur la réclamation du défendeur, avait pour but d'avertir le juge d'une *causa minor* de différer l'examen du *judicium*: le magistrat pouvait, d'office, donner cet avertissement au juge par des motifs puisés dans le droit public; il pouvait même, suivant les circonstances, ne pas se rendre au désir du défendeur réclamant cette *præscriptio*, ou, au contraire, refuser provisoirement l'action au demandeur [22], ce qui arrivait rarement [23]. Si la *causa major* était déjà pendante, la *præscriptio* perdait alors toute sa signification dans la *causa minor*; car c'était au juge de cette dernière à voir s'il devait attendre l'issue de la *causa major* [24].

Au reste, l'application du principe des *præscriptiones* rencontrait souvent des difficultés graves, surtout en ce qui concernait la pétition d'hérédité. Le même principe ayant survécu au système formulaire, Justinien a promulgué une constitution spéciale dans laquelle il supprima en partie l'application de ces *præjudicia*, et, d'un autre côté, il régularisa tout ce qui

[21] L. 1 C. de ord. jud.

[22] Cicéron (Verr. III, 65) rapporte que Lucius-Metellus a refusé l'action *quod metus causa* contre Verrès, afin qu'une décision de récnpératenrs ne fit pas préjuger contre l'accusation à laquelle Verrès devait avoir à répondre. Ulpien dit aussi, relativement à un fait qui sert en même temps de fondement à une action civile et à nne action criminelle: « Rectius fecerit (prætor), si hujusmodi (action civile!) actionem non dederit. » L. 7, § 1, D. de injur. et à ce sujet Savign. p. 80 et suiv. Voyez *supra*, note 10.

[23] Paul, dans la L. 4, § 1, ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7), s'exprime ainsi: « *Moderatius* edicto prætoris de injuriis (dans le cas de concours avec l'action de la L. *Julia de vi*) utendum esse, Labeo ait; » ce qui signifie que le prétenr fera mieux d'avoir recours à la *præscriptio* que de refuser l'action. Cujas, Obs. XXIV, 16.

[24] L. 13 D. de exc. conf. avec L. 24, § 3, 4, de lib. caus. (40, 12), L. 32, § 10, de rec. (4, 8). Sav. p. 78.

concernait les libertés accordées par testament [25]. De même on était toujours disposé à laisser juger une action civile concernant une indemnité qui, quoiqu'ayant pour cause un délit, ne se fondait pas spécialement sur le délit, et de ne pas la suspendre jusqu'après la décision criminelle [26]; et Gratien a même presque entièrement supprimé le principe qui voulait que l'action privée, dans ce cas, fût suspendue par l'action criminelle [27], que le criminel tint le civil en état. Au reste, tout ceci n'avait trait qu'à l'ordre à suivre dans le concours d'une action civile et d'une action criminelle; car de tout temps il a été de règle que le même fait pouvait donner lieu à plusieurs actions indépendantes l'une de l'autre, l'une civile et l'autre criminelle [28], qu'outre une peine privée, une peine publique pouvait être infligée [29].

§ XCVII. — *Continuation.* — *Du but des præscriptiones.*

Il reste maintenant à déterminer la différence entre la *præscriptio* et l'*exceptio*. Or elle consistait, à notre avis, en ce que

[25] L. 12 C. de pet. hered.

[26] Voy. *supra*, note 10. L. 15 D. de accus. (48, 2). — L. 27 de act. rer. amot. (25, 2). L. 23 de fid. lib. (40, 5), et le commencement du texte de la note 27. Voy. aussi Huschke, Annal. p. 189.

[27] L. un. C. Th. victum civiliter agere et criminaliter posse (9, 20). L. un. C. quando civilis actio criminali præjudicet (9, 31).

[28] Voy. aussi L. 3 C. de lege Aq. (3, 35.).

[29] Voy. aussi L. ult. D. de furt. (47, 2), L. 13 ad leg. Jul. pec. (48, 13). La L. 6 D. de inj. (Sav. p. 94 et suiv.) contient une exception relativement à l'injure, laquelle exception n'a pas été conservée. Il y en avait une autre dans le cas de concours entre le *judicium de moribus* et l'action publique, L. un. C. Th. cit. Voy. au reste, Sav. p. 91-109. Nous n'avons pas à nous occuper ici du cas de concours entre diverses actions pénales privées, qui a jeté les jurisconsultes dans une grande controverse, car le principe du *præjudicium* n'y joue aucun rôle. Quand un seul et même fait comprenait plusieurs crimes, la poursuite de l'un était indépendante de la poursuite de l'autre; mais cette espèce encore n'appartient pas à notre sujet. Voy. Thibaut, civ. Abh. n° 9. Keller, p. 479 et suiv. Rosshirt, Entw. der Grunds. des Strafrechts, Heidelberg, 1828, p. 114-138.

l'exception, même dilatoire, ne retardait en rien l'examen de la question soumise au juge par la formule ; elle avait même pour effet de rendre définitive l'absolution qui pouvait être la conséquence de l'exception ; tandis que la *præscriptio*, tout en n'empêchant pas le préteur d'accorder l'action, arrêtait cependant le cours de l'instance devant le juge. Si c'était une exception, on pourrait l'appeler *dilatoire*, dans le sens moderne qu'attache la pratique à ce mot. La *præscriptio*, lors même qu'elle était formulée comme une exception, n'avait d'analogie ni avec l'exception péremptoire, ni avec l'exception dilatoire ; car son effet ne pouvait être d'empêcher la condamnation, d'amener une absolution. C'est avec ce caractère que se présentaient certainement les *præscriptiones fori*[1], qui n'empruntaient jamais la dénomination d'exceptions dilatoires (v. § 95, *in fine*). Cet effet de la *præscriptio fori* se conçoit facilement ; car, du moment que le juge découvrait que le magistrat qui lui avait adressé une instruction formulée était incompétent, il ne pouvait lui-même ni condamner ni absoudre ; une décision rendue par lui relativement à cette circonstance, et sous cet aspect, ne pouvait donc anéantir l'action elle-même ; et par conséquent elle pouvait être renouvelée. Y avait-il d'autres *præscriptiones*

[1] L. 7 pr. D. qui satisd. cog. (2, 8). L. 50 f. L. 52, § 3, D. de jud. (5, 1). L. 65 init. C. Th. de app. (11, 30), ou L. 13 C. de exc. (8, 36). (Cette opinion de Zimmern est combattue par M. Bonjean, l. c. p. 444-415. Ce savant et élégant auteur se fonde sur ce que les textes de Quintilien et d'Aurelius Victor sont particuliers à l'*exception* (*præscriptio*) *fori*, et sur ce que le texte de Caracalla est peu concluant ; en outre, sur ce que Gaius n'annonce aucune différence entre la *præscriptio a parte rei* et l'exception : il se fonde enfin sur ce que Dioclétien (L. 9 C. de pr. long. temp.) indique formellement la *præscriptio* comme conduisant à l'absolution du défendeur. M. Walter, p. 43 (trad. de M. Laboulaye), semble cependant adopter l'opinion de Zimmern ; et, comme par une confusion de langage, le mot exception a été employé souvent pour *præscriptio* et réciproquement, l'argument de M. Bonjean, fondé sur le passage de Dioclétien, n'aurait pas une grande portée : d'ailleurs Zimmern reconnait lui-même que la prescription acquisitive n'a pas le même caractère que la prescription à l'effet de se libérer ; or, le texte de Dioclétien parle d'une prescription acquisitive. E.)

de cette espèce? C'est ce que nous ne voulons pas examiner.

La *præscriptio a parte rei* était donc un moyen employé par le défendeur, dans le but, non d'épuiser le droit de la demande, mais d'en retarder l'effet, de faire déclarer l'action non recevable; elle ressemblait à la *præscriptio pro actore*, en ce que cette dernière aussi était invoquée précisément pour empêcher que le droit mis en action ne fût épuisé. Il était tout naturel qu'elle fût placée en tête de la formule, puisqu'elle imposait au juge le devoir d'examiner, avant tout, si le *judicium* devait être retardé ou même ne pas avoir lieu [2]; et sous ce rapport encore elle différait de l'exception, qui ne pouvait être appréciée par le juge que lorsqu'il s'était déjà occupé du fond [3]. Il est vrai que souvent on a appelé les prescriptions exceptions, Cicéron déjà l'avait fait (§ 96, *supra*), et que réciproquement quelquefois les exceptions ont pris le nom de prescriptions [4]. Mais de cette circonstance que les exceptions fondées sur un long temps qui se serait écoulé s'appelaient toujours prescriptions (telles sont les *præscriptiones temporis*, *annales*), et prenaient si rarement [5] le nom d'exceptions, on devrait, ce semble, admettre qu'elles étaient de véritables prescriptions. En effet, quoiqu'elles eussent réellement la puissance d'une exception, la force d'épuiser à jamais le droit du demandeur, il est cepen-

[2] Quinct. I. O. VII, 5, nos 2, 3 : « cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse. » Aurel. Vict. ars rhet. IV, 1, dit, en parlant de la *præscriptio* : « potius enim est, si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus coniunctari. » L. 5 C. de pignor. (8, 14) : « — si — *non causa cognita sed præscriptione* superatum esse constiterit. »

[3] L. 9 C. de exc. et, pour les exceptions dilatoires en particulier, voy. *supra*, § 95, note 13.

[4] Ainsi on a dit : *Rei judicatæ*, *doli*, *in factum præscriptio*, *præscriptio peremptoria* (L. 8 C. de exc.), *dilatoria præscriptio* (L. 12 C. eod.). Conf. Brisson. V. *præscribere*.

[5] L. 5 D. si ingenuus (40, 14). L. 76, § 1, D. de contr. emt. (18, 1). Rubr. L. 3, 9 D. de div. tempor. præscr. (44, 3). L. 45 de usuc. (41, 3). Tit. C. de præscr. long. temp. de pr. 30 l. ann. etc. Elles prenaient quelquefois le nom d'exceptions ; voy. Unterholzner, Verjæhr. t. 1, p. 10, note 9, *in fine*.

dant probable que, dans l'origine, elles figuraient en tête de la formule et que le juge devait en apprécier préalablement la valeur, lorsqu'elles avaient pour but de faire considérer le droit réclamé comme éteint [6]. La prescription *longissimi temporis*, introduite plus tard, ne l'avait été précisément que pour dispenser d'examiner le fondement d'actions trop anciennes. Egalement, les appels, et d'autres moyens judiciaires, dont l'application devait être invoquée dans un délai que l'on avait laissé écouler, étaient déclarés non recevables par l'effet d'une *præscriptio* [7]. Ici on n'agissait pas *per formulam*, et l'expression de *præscriptio fori* [8] se trouvait aussi employée à l'occasion des actions extraordinaires. Dans ces dernières hypothèses, l'examen de la *præscriptio* entraînait à la vérité le rejet du fond; mais il resta toujours des *præscriptiones* qui ne produisaient pas cet effet, qui ne faisaient naître que l'examen d'une question préjudicielle, comme la *præscriptio fori*. Il y aurait donc eu deux espèces de *præscriptiones*; les premières, qui avaient pour but d'empêcher actuellement l'examen du fond; les autres, dont l'examen aurait eu pour résultat d'épuiser le droit du demandeur; mais les unes et les autres auraient eu cela de commun, qu'elles devaient être examinées avant le fond. Il est d'autant moins douteux qu'il y avait des prescriptions de cette seconde espèce que l'on rencontre une *præscriptio ne præjudicium fiat* avec un effet tel qu'elle détruisait à jamais le fondement de la demande. Ainsi, en vertu de décisions impériales déjà anciennes, on ne pouvait pas agiter une question dont l'effet aurait pu être de jeter un jour défavorable sur l'état d'une personne morte depuis cinq ans; or c'était au moyen d'une *præscriptio* que le défendeur obtenait, dans cette circonstance,

[6] Quand elles avaient pour but d'établir une acquisition par une possession de long temps, l'*intentio* du demandeur devait être appréciée d'abord, L. 9 C. de pr. long. temp. (7, 33).

[7] L. 3 pr. § 1, L. 19 D. de app. (49, 1). L. 63, § ult. de evict. (21, 2). Vat. fr. § 156, 161, 165.

[8] L. 50, L. 52, § 3, de jud. Heffter (p. 113) appuie beaucoup là-dessus; il croit, en effet, que, dans les cas où il n'y avait pas de formules, l'expression *præscribere* était surtout en usage.

qu'aucun *præjudicium* n'eût lieu dans ce sens (96, n° 4) [9]. On ne pourrait établir de comparaison entre les exceptions que nous regardons comme empêchant l'examen du fond et des prescriptions, que lorsque celles-ci ont pour effet de rendre impossible tout examen ultérieur du litige; or il en était ainsi déjà pour les exceptions du droit romain, dont le fondement était avoué devant le préteur par le demandeur. Quoi qu'il en soit, il est certain que pour les exceptions qui, si elles avaient été prouvées, auraient mis fin à toute contestation dès l'origine, on a été porté à employer souvent la dénomination de *præscriptio* [10], et qu'insensiblement, dans la suite des temps, la différence entre le mot *præscribere* et le mot *excipere* s'est de plus en plus affaiblie [11] : mais toujours est-il que la différence dans les choses ne s'est point effacée, et que l'on a continué à distinguer les véritables prescriptions des véritables exceptions.

§ XCVIII. — *Quand les exceptions doivent-elles être proposées?*

Comme les exceptions devaient être insérées dans la formule, il est évident qu'elles devaient être proposées *in jure*. Toutefois il y avait des cas où il en était autrement; les voici : 1° les exceptions qui appartenaient à l'*officium* du juge des actions de bonne foi ne devaient pas figurer dans la formule [1]; 2° pour

[9] L. 1, § 2, 3, 4; L. 4 f. D. ne de statu defunct. (40, 15).

[10] L. 12 pr. D. de inoff. test. (5, 2). L. 34, § 3. L. 77, § 30, D. de leg. 2 (31). Les L. 12 cit. et L. 20 et app. sont extraites du *lib. singul. de præscript.* de Modestin.

[11] Heffter, p. 114.

[1] Voy. *supra*, § 63. On soutient ordinairement qu'il n'est besoin d'alléguer les exceptions devant le magistrat que relativement aux actions de droit strict. Telle est l'opinion de Goldschmidt, über Litisc. und Einr. p. 18 et suiv. p. 23 et suiv. Ceux qui émettent cette opinion ne l'émettent ainsi que par opposition aux actions de bonne foi. Mais il faut, dans un sens inverse, dire que les actions de bonne foi sont les seules pour lesquelles il n'est pas nécessaire de faire insérer dans la formule certaines exceptions. En effet, la règle générale est que toutes les exceptions doivent être insérées dans la formule (Gaius, IV, 188) : elle s'applique

les exceptions de la même espèce relativement à la pétition d'hérédité, la formule de cette action ne devait pas nécessairement les contenir, du moins d'après l'opinion de certains jurisconsultes (voy. § 63, *in fine*, *supra*); 3° lorsque le fondement d'une exception n'avait pris naissance qu'après la *litiscontestatio*, le défendeur pouvait encore la faire valoir devant le juge[2]; 4° d'après une disposition expresse de l'édit prétorien, le défendeur pouvait, par une restitution *in integrum*, *recuperandæ exceptionis gratia*, recouvrer le droit de faire apprécier par le juge une exception qu'il avait omis de faire insérer dans la formule par le préteur[3]; 5° il y avait certaines exceptions que l'on pouvait invoquer *in judicio* pour la première fois, et même, plus tard, contre l'action *judicati*. Telles sont[4] l'exception du sénatusconsulte Velléien et celle du sénatusconsulte Macédonien[5], lorsque c'était le fils qui avait besoin de l'invoquer; en effet, les femmes et les fils n'avaient pas le droit de renoncer à ce bénéfice créé en leur faveur; telle est aussi l'exception de compensation[6], en ce sens qu'il était toujours permis de se libérer par une réclamation contraire; tel est

non-seulement aux actions personnelles du droit civil, mais encore aux actions réelles, aux actions *ad exhibendum*, même aux actions prétoriennes (Gaius, IV, 117). Gaius, au reste, ne distingue pas, lorsqu'il parle de la restitution contre l'omission d'exception faite au moment de la *litiscontestatio* (Gaius, IV, 125); d'ailleurs les textes n'indiquent le contraire que spécialement pour les actions de bonne foi, et même il était douteux que les exceptions ne dussent pas être insérées dans la formule de la pétition d'hérédité (voy. *supra*, § 63, *in fine*); enfin, Gaius (IV, 118) ne pouvait se référer qu'à cette particularité des actions de bonne foi en disant qu'il y a des exceptions que le préteur accorde *cognita causa*.

[2] L. 23, § 3, D. de cond. ind. (12, 6).

[3] L. 2 C. sent. resc. non poss. (7, 50). Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententias feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Gaius, IV, 125. L. 4 C. de exc. (8, 36).

[4] Gesterding, Ausbeute, part. 2, p. 210 et suiv.

[5] L. 11 D. de Sct. Mac. (14, 6).

[6] L. 16, § 1, D. de comp. (16, 2). L. 2 C. de comp. (4, 31). Arg. L. ult. pr. f. eod.

encore, parce que c'était un privilége, le bénéfice de compétence (voy. *infra*, § 141); tel était le bénéfice accordé à un *mandator pecuniæ credendæ*, qui avait été condamné à la totalité, d'exiger du demandeur qui lui intentait l'action *judicati* qu'il lui cédât son action contre les autres *mandatores* [7]: ici, en effet, comme dans la compensation, ce n'était pas la chose jugée qui était remise en question; le défendeur cependant cherchait à empêcher les effets de la condamnation par des motifs qui se référaient à la condamnation; au reste, on pouvait opposer à l'action *judicati* toute exception fondée sur des faits postérieurs à la sentence (v. *infra*, § 138). Par l'effet d'une restitution, il y avait encore possibilité pour les mineurs de vingt-cinq ans [8], et pour les soldats en vertu d'une décision de Caracalla, de repousser les effets de l'action *judicati* par des moyens omis par ignorance lors des débats de la cause [9].

Il était tellement conforme à la nature des exceptions dilatoires qu'elles fussent alléguées devant le préteur, qu'il y avait de grands obstacles à ce que leur omission fût réparée par une restitution [10], et qu'immédiatement après la suppression du *judiciorum ordo*, fût posée la règle, toujours en vigueur depuis, que de semblables exceptions devaient être invoquées *in limine litis*; ceci n'eut pas lieu pour les exceptions péremptoires [11], puisque, en vertu d'une restitution accordée *brevi manu*, on pouvait les opposer tant que la sentence n'était pas rendue [12].

[7] L. 41, § 1, de fidej. (46, 1). (Le bénéfice de cession d'actions ne s'obtenait pas par une exception, pas plus que le bénéfice de division; lorsque le défendeur invoquait le bénéfice de cession devant le magistrat, si le demandeur n'y consentait pas, le magistrat l'y contraignait. Voyez la thèse de doctorat de M. Ferry, p. 17 et 18. E.)

[8] L. 36 D. de minor. (4, 4). L. 2 C. sent. resc. (7, 50).

[9] L. 1 C. de jur. et facti ign. (1, 8).

[10] Gaius, IV, 125, — dilatoria vero, si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæritur.

[11] Goldschmidt, p. 23-25.

[12] L. 8 C. de exc.: Præscriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur objicere quandoque licet (Dioclétien), conf. avec L. 2 C. note 3.

et puisque plus tard il en fut ainsi, même sans qu'on eût besoin de recourir à une telle restitution [13]. Quoique les exceptions dilatoires dussent être proposées *in limine litis*, il n'était pas nécessaire d'en administrer la preuve sur-le-champ; c'est ce qu'a reconnu expressément Dioclétien [14], et c'est ce qu'a supposé Julien en menaçant d'une peine pécuniaire les avocats trop adroits qui réserveraient pour la fin des débats la surprise d'une exception dilatoire [15]. Les véritables prescriptions, de l'une et de l'autre espèce, devaient aussi être présentées au commencement du procès [16]; cette règle est positivement écrite dans le Digeste [17] relativement à la *præscriptio fori* pour la *fideicommissi actio* qui était traitée *extra ordinem;* elle a été consacrée spécialement par Constantin [18], puis ensuite par Théodose II; et enfin Justinien l'a expressément reconnue comme étant en vigueur [20].

§ XCIX. — *Compensatio et deductio* [1].

L'équité [2] réclame surtout qu'une action se trouve balancée par une *mutua petitio* [3] ayant pour objet, comme la demande,

[13] Le passage de Gaïus (IV, 125) ne se retrouve pas dans les Institutes de Justinien. D'après nous, il n'est pas nécessaire de lire *ante contestationem*, au lieu de *ante condemnationem*, dans la L. 10 C. de fidej. (8, 41), comme Noodt, Probab. II, 1, l'a proposé. (Cette explication de Zimmern suppose encore que le bénéfice de division s'obtenait par une exception : c'est une erreur. Voyez *supra*, note 7; § 95, note 11, et la thèse de M. Ferry, p. 14-18. E.).

[14] L. 19 C. de prob. Voyez *supra*, § 95, note 13.

[15] L. 12 C. de exc.

[16] Voy. *supra*, § 97.

[17] L. 52 pr. conf. avec L. 50 D. de jud.

[18] L. 4 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13).

[19] L. 65 init. C. Th. de app. (11, 30), ou L. 13 C. de exc.

[20] Nov. 53, c. 3.

[1] D. de compensat. (16, 2). C. de comp. (4, 31).

[2] L. 36 D. de adm. tut. (26, 7), — æquitas, quæ merum jus compensationis inducit. — L. 3, 18 pr. D. L. 5, 6 C. h. t. L. 173 f. de reg. jur.

[3] L. 6, 8 C. h. t.

une chose fongible et exigible [4], principalement une somme d'argent. Cette manière fictive d'éteindre une obligation [5] se présentait, chez les Romains, sous des formes diverses. Il était de la nature des actions de bonne foi que le juge prît en considération toute prétention du défendeur puisée à la source de la demande [6]; et peu à peu il alla même jusqu'à admettre de sa part des prétentions qui n'avaient pas avec l'action de connexité. Ici, en effet, le tout était abandonné à la sagesse du juge; la question pour lui était seulement de savoir jusqu'à quel point l'équité lui permettait d'avoir égard aux prétentions contraires [7]; mais nécessairement elle devait lui poser des limites, relativement aux répétitions du défendeur, entièrement étrangères à la demande, lors surtout que ces prétentions, par leurs complications, devaient tendre à retarder par trop l'exercice d'un droit liquide; aller jusque-là aurait été mettre le pied sur le terrain de l'iniquité. En outre [8], lorsque le *bonorum emtor* intentait une action du chef du débiteur dont les biens lui avaient été vendus, et que le débiteur poursuivi par lui avait opposé [9] une réclamation contraire du même chef, le juge était averti par la partie de la formule appelée *condamnatio* (de sorte que la plus-pétition n'entraînait aucune conséquence fâcheuse) de faire une déduction à la demande; ceci ne portait pas le nom de compensation, mais de *deductio* [10]. Elle différait de la compensation en ce qu'elle pouvait être invoquée pour une créance non exigible et pour un objet d'une autre espèce que celui de la demande, objet qui cependant se réduisait à une somme d'argent, conformément au principe relatif à la condamnation en droit romain [11]. Cette *deductio* a fini par ne plus

[4] L. 7 pr. D. h. t.

[5] Hasse, Arch. f. civ. Prax. t. 7, cah. 2, p. 159 et suiv. Bethmann-Hollweg, Rh. Mus. f. Jur. t. 1, cah. 1, p. 264 et suiv.

[6] Gaius, IV, 61. Voy. *supra*, § 63.

[7] L. 3 D. de tutelæ act. (27, 3). Hollw. p. 259.

[8] Hasse, p. 176 et suiv. Hollweg, p. 279 et suiv.

[9] Deductio *objicitur* bonor. emtori, Gaius, IV, 66.

[10] Gaius, IV, 65, 68.

[11] Gaius, IV, 67.

être en usage même dans le cas de *bonorum emtio* [12]. L'*argentarius* était traité avec plus de rigueur. Celui-ci, en effet, devait lui-même régler le compte courant de son débiteur, et ne lui en demander que le solde, de sorte que l'*intentio* de la formule qui lui était accordée ne tendît qu'au reliquat; l'*intentio* de sa formule devait être, par exemple, ainsi conçue : *Si paret Titium sibi decem millia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet.* S'il avait demandé davantage, il encourait la perte de son droit comme dans la *condictio certi;* seulement, pour qu'on pût le traiter avec cette sévérité, il fallait que la réclamation du débiteur fût de la même espèce et exigible [13] : car c'étaient les principes de la compensation qu'on lui appliquait. Dans les actions de droit strict, la compensation s'opérait au moyen d'une exception de dol; pour ce cas elle ne fut d'abord permise que suivant les circonstances [14]; mais plus tard on put toujours l'invoquer, par suite surtout d'un rescrit de Marc-Aurèle [15]. Or, comme l'application du principe de la compensation dépendait encore ici de la question de savoir s'il n'y avait pas dol de la part du demandeur de réclamer une chose qu'ensuite il devait être obligé de rendre [16], le juge avait sous ce rapport la même liberté d'appréciation que lorsqu'il s'agissait d'une action de bonne foi. Mais l'exception de dol, insérée dans la formule de l'action de droit strict dans le but de faire valoir une compensation, amenait un résultat tout différent de celui de la compensation opposée à une action de bonne foi; car si le juge de l'action de droit strict trouvait fondée la compensation du défendeur, il l'absolvait intégralement de la demande, et le demandeur perdait son droit sans retour : si donc il ne voulait pas courir cette chance, il devait devant le préteur admettre la compensation, et ne laisser donner la formule

[12] Dans Paul, II, 5, § 3, on trouve encore *deducere* à côté de *compensare.*

[13] Gaius, IV, 64, 66, 68.

[14] L. 4, 5, 15, D. h. t. Hasse, p. 170 et suiv.

[15] § 30 J. de act.

[16] L. 8 pr. de doli exc. L. 173 f. de reg. jur. Voy. note 2.

que pour le surplus, comme l'argentarius[17]. Au reste, lorsqu'un créancier avait obtenu déjà une formule contre un débiteur, mais n'était pas encore parvenu à un autre résultat, si ce débiteur demandait contre lui une autre formule, il avait le droit de lui opposer en compensation ce même droit pour lequel il avait déjà obtenu une action, et le défendeur alors ne pouvait invoquer la réplique *rei in judicium deductæ*[18] : en effet, ce créancier ne pouvait perdre le bénéfice de la compensation par le motif qu'il avait été le plus diligent. La compensation avait un effet rétroactif, on la reportait à l'époque où les créances réciproques avaient commencé à coexister ; elle s'opérait *ipso jure*, dans ce sens qu'il n'y avait pas eu besoin, pour faire produire un tel résultat, ni du fait des parties, ni de l'intervention du magistrat. C'est ce que décidait[19] un rescrit d'Alexandre-Sévère[20]. Du moment que la compensation était admise dans les actions de droit strict, et par conséquent entre des obligations respectives qui ne dérivaient pas de la même cause[21], il n'y eut plus de difficulté à l'admettre, en vertu des pouvoirs du juge, dans tous les cas où le *bonum et æquum* dominait (ce qui avait lieu aussi dans plusieurs actions prétoriennes), et, dans les autres cas, par le moyen de l'exception de dol. Cela est tellement vrai que l'on est bien embarrassé de découvrir des cas où elle n'ait pas eu lieu ; les seuls cas sont l'action de dépôt[22] et l'action *in rem*[23]. Mais comme, dans ces actions, la condamnation était aussi pécuniaire, on ne voit pas trop le

[17] Hollweg, p. 276 et suiv.

[18] L. 8 D. h. t. Hasse, p. 169.

[19] *Postquam placuit inter omnes*, dit Paul, L. 21 D. h. t. — L. 4, eod. Hasse, p. 154 et suiv. Hollweg, p. 268 et suiv.

[20] L. 4 C. h. t.

[21] Gaius, IV, 61, parle de la *eadem causa* pour les actions de bonne foi ; et cette expression a passé dans le § 39 J. de act. Cependant Paul dit (II, 5, § 3) que l'on peut compenser *ex dispari causa* ; et dans le § 30 J. de act. et dans la L. ult. C. h. t. il n'est plus exigé que la cause soit la même.

[22] Voy. Paul, II, 12, § ult.

[23] Arg. L. ult. C. h. t. § 30 J. cit. Hasse, p. 181.

motif de cette exception. Car, même dans les actions arbitraires, elle n'était inadmissible que lorsque le *jussus* devait être exécuté soit volontairement, soit *manu militari;* or toutes les actions réelles étaient arbitraires, et l'action de dépôt pouvait l'être au moyen d'une formule *in factum.* Aussi devons-nous attribuer à Justinien la défense absolue d'invoquer la compensation dans l'action de dépôt [24] ; par contre, il l'a permise pour toute action même réelle [25]. En étendant ainsi l'application de la compensation, Justinien confirme les anciens principes, en exigeant que la créance qu'oppose le défendeur soit liquide ; car ce n'est qu'à titre d'exemple qu'il déclare qu'une exception de compensation présentée tardivement ne devra point être accueillie [26]. Quand ensuite il décide que la compensation aura lieu *ipso jure* dans tous les cas, cela signifie seulement que, les principes sur la plus-pétition étant changés (v. *infra*, § 178), la compensation s'opérera dans les actions de droit strict de la même manière que dans les actions de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle aura pour effet de réduire la demande [27].

§ C. — *De la reconvention* [1].

Lorsque pendant un litige, même postérieurement à la *litiscontestatio* [2], le défendeur formait, de son côté, contre le demandeur, une demande reconventionnelle [3] en réclamant une formule au même magistrat, cette nouvelle demande était renvoyée devant le juge qui devait examiner la première préten-

[24] L. 11 C. depos. (4, 34). L. ult. C. cit.

[25] L. ult. C. cit. § 30 J. cit. (Voy. M. Ducaurroy, n[os] 1275 et 1276. E.)

[26] Hasse, p. 184 et suiv.

[27] Hollweg, p. 271 et suiv.

[1] *Rom. Teller*, De reconventione veteri et hodierna, Lips. 1759, 4. Goldschmidt, Abh. aus dem. Civilpr. Francf. 1818, p. 20-23. Mühlenbruch, Cession, 2[e] édit. p. 581 et suiv. Heffter, Arch. f. civ. Prax. t. 10, cah. 2, p. 209 et suiv. Lauk, ibid. t. 12, cah. 1, p. 65-69.

[2] Arg. L. 18 p. D. de comp.

[3] *Reconventio* n'appartient pas à la langue juridique des Romains ; car la L. 5 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) a été restituée, quant au mot *reconventio*, par Cujas, Obs. XII, 21.

tion [4]. Or le magistrat, pour accorder cette reconvention, devait se laisser déterminer par les considérations qui l'auraient porté à insérer l'exception de compensation dans la première formule, si, lors de sa rédaction, le défendeur l'avait invoquée. Si cette *mutua petitio* ne dépassait pas la demande principale [5], on pouvait terminer le tout conformément aux règles de la compensation. Toutefois, si le magistrat n'était pas compétent pour la demande reconventionnelle en la considérant isolément et indépendamment de toute autre action, il ne le devenait pas par cette circonstance qu'elle se produisait reconventionnellement [6].

Lorsque le même juge était saisi des deux actions, il devait statuer en même temps sur toutes deux; et s'il arrivait qu'il statuât d'abord sur l'une d'entre elles, l'exécution de cette sentence ne pouvait avoir lieu avant que la seconde n'eût été rendue; c'est ce que nous apprend Macer en se référant à des constitutions impériales [7]. Ce que rapporte Justinien de l'opinion de Papinien, savoir: que le juge pouvait aussi condamner le demandeur [8], n'est pas bien clair. Car s'il a voulu parler de demandes reconventionnelles connexes [9], et dire que de telles

[4] L. 28 D. mand. (17, 1). Voy. *supra*, § 11.

[5] L. 18, § 4, D. commod. — sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat.

[6] Le contraire ne résulte pas, comme l'a cru Cujas, Obs. XII, 1, XXII, 2, de la L. 22 D. de jud. (5, 1), qui a trait à la perte du *jus revocandi domum*; ni de la L. 1, § 15, D. de extr. cogn. (50, 13), puisque le président n'est pas incompétent, que seulement la forme du *judicium* est changée; ni enfin de la L. 11, § 1, de jurisd. (2, 1), qui signifie simplement que l'autorité compétente pour une somme moindre, demandée par action principale, ne peut être déclinée sous prétexte qu'une somme plus considérable est réclamée par le défendeur. Voy. au surplus Teller, p. 9-18. Glück, comm. t. 3, p. 223 et suiv. (M. Bonjean, l. c. p. 363-364, soutient l'opinion opposée à celle de Zimmern. E.)

[7] L. 1, § ult. D. quæ sent. sine app. (49, 8). Cependant ce passage est expliqué autrement par d'autres; voy. Teller, p. 21 sq. Donell. ad L. 6 C. de comp. Hasse, Archiv. t. 7, p. 169, note 22.

[8] L. 14 C. de sent. (7, 45).

[9] Comme cela résulte de ces mots: *in eodem negotio*. Glück, l. c. p. 234. Heffter, p. 212.

demandes, portées devant le magistrat compétent pour le demandeur lui-même, pouvaient amener la condamnation de celui-ci, à ce sujet il n'y a jamais eu diversité d'opinions [10]. Mais la pensée de Papinien paraît avoir été que, lorsque le juge avait la mission d'absoudre le défendeur, mais non de condamner le demandeur, sans doute parce que, le défendeur ne faisait valoir sa prétention contraire que par le moyen d'une exception, il pouvait cependant, du moins dans les actions de bonne foi, condamner le demandeur quand, pendant le cours des débats, il avait été démontré que la prétention du demandeur se réduisait à une somme inférieure à celle réclamée par le défendeur. Ce ne serait donc une singularité que sous le rapport de la forme. Justinien confirme cette opinion de Papinien; il l'étend même en ce sens que le juge, dans le même cas, n'a pas à s'occuper de sa compétence [11]. En effet, puisqu'on n'avait pas à s'occuper de la compétence sous le rapport de la compensation, puisque le juge, compétent pour l'action, l'était toujours pour la compensation quoiqu'il n'eût pas dû l'être pour la demande reconventionnelle, pourquoi n'aurait-on pas admis qu'une fois que la réclamation du défendeur était opposée par voie de compensation, le juge pouvait l'apprécier dans toute son étendue et condamner le demandeur à toute la somme dont la créance compensable dépassait la demande. La constitution de Justinien n'en dit pas davantage; mais Zénon, dans une constitution qui n'a pas été conservée, avait déjà

[10] Gaius suppose, dans la L. 18, § 4, D. comm. que l'action contraire n'a été intentée qu'après la sentence rendue sur l'action directe; car il dit que *judex pensationis rationem non habeat*. Il ne prétend pas qu'on ne puisse porter devant le même juge une demande contraire supérieure à l'action directe; il dit seulement qu'on ne peut pas faire valoir *jure pensationis* une réclamation supérieure à la demande.

[11] L. 14 C. cit. — Hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare : *nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur*. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.

accordé au juge de la demande principale le droit de juger la demande reconventionnelle [12]; toutefois on ignore quelle portée on doit donner à cette constitution. Justinien ne l'invoque pas, même dans la Novelle, où il décide qu'un défendeur qui a une demande reconventionnelle à faire valoir doit la présenter sur-le-champ, avant la *litiscontestatio*, devant le juge de la demande qu'il n'a pas récusé (§ 31), et que, s'il veut la produire plus tard ou d'une autre manière, il doit attendre que le procès engagé sur la demande principale soit terminé [13]. Mais la question de savoir si, dans cette Novelle, Justinien suppose que le juge incompétent pour la demande du défendeur devient compétent quand elle est formée reconventionnellement dès le principe, lorsqu'il n'y a aucune connexité entre les deux demandes, c'est ce qui est au moins douteux [14].

CHAPITRE III. — DES RESTITUTIONS EN ENTIER [1]

§ CI. — *Introduction*.

Le droit prétorien, par les exceptions déjà, fournissait une arme défensive avec laquelle on pouvait rendre impuissante la force d'un droit existant aux yeux du droit civil. L'équité suggéra au préteur des moyens plus hardis encore de lutter contre ce droit rigoureux; conformément à des motifs qui peu à peu s'étaient introduits dans l'édit, il promit de rétablir dans des droits éteints ceux qui avaient juste sujet d'en regretter l'extinction, et par conséquent il fournit par là, contre le droit civil, une arme offensive. Les causes d'une semblable *restitutio*

[12] Voy. note 3.

[13] Nov. 96, c. 2.

[14] (M. Bonjean, l. c. p. 365, dit que le *forum reconventionis* a été admis par Justinien d'*une manière générale* : il regarde cela comme *incontestable*. Cependant la L. 14 C. cit., qu'il invoque, ne parle que d'une demande reconventionnelle *connexe* (*in eodem negotio*). E.)

[1] Paul, I, 7. D. de in integrum restitutionibus (4, 1). C. Th. de integri restitutione (2, 16). Voyez les §§ suivants. — Chr. Gl. Biener, historia juris civilis de restitutionibus in integrum, Lips. 1779, 4.

in integrum ou *integri restitutio* sont en général : *metus, calliditas, minor ætas, status mutatio, absentia* et *justus error* [2]. Quant aux formes employées pour arriver à ce but, elles ne présentaient rien de neuf. Le préteur recourait pour cela à l'un des modes suivants : si une déchéance avait été encourue pour une exception ou une possession de biens, il relevait de cette déchéance, comme si elle n'avait pas été encourue, sur la seule demande de celui qui l'avait encourue et sans difficulté (*brevi manu*), ce qui avait lieu spécialement dans le cours d'un procès ; ou bien il restituait *cognitione prætoria*, c'est-à-dire, après un débat contradictoire et par une décision rendue *extra ordinem*. Dans ces deux cas, le magistrat remettait lui-même les choses dans l'état normal duquel elles n'auraient pas dû sortir. Enfin il pouvait restituer par la voie de la procédure ordinaire, en accordant au défendeur lésé une exception, ou au demandeur une action rescisoire ou restitutoire [3]. Il pouvait se faire, toutefois, que le préteur n'accordât à celui qui lui demandait une action rescisoire ou une exception, qu'un interlocutoire (*interloqui*) d'abord [4], par lequel il promettait cette action ou cette exception. Or cette décision n'avait pas encore l'effet d'opérer la restitution ; pour y arriver, il fallait toujours, dans le délai voulu (§ 107), obtenir réellement cette action, et la faire juger [5]. Quant à l'exception, elle pouvait être ac-

[2] L. 1, 2 D. h. t. (4, 1). Paul, I, 7, § 2.

[3] L. 13, § 1, D. de minor. (4, 4), — vel cognitione prætoria vel rescissa alienatione, dato in rem judicio. — L. 9, § 3, quod met. caus. (4, 2). L. 3 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

[4] L. 9, § 3, D. cit. L. 46, § 3, de proc. (3, 3).

[5] Les modernes appellent cela un rescindent. Voy. Chr. Fr. Glück, de vita petendæ restitutionis in integrum prætor. etc. Hal. 1776, opusc. Fasc. II, p. 301 sqq. p. 401 sqq. (Voyez articles 501 et 503 du Code de procédure civile. La décision qui admet la requête civile, et qui rétracte le jugement attaqué, s'appelle le *rescindent*, et la décision qui intervient ensuite sur le fond s'appelle le rescisoire. E.) Il dépendait du demandeur d'obtenir d'abord ce rescindent, sauf ensuite à recourir au rescisoire, ou de demander immédiatement l'action rescisoire. Nous n'avions pas émis la même opinion dans notre programme intitulé : *Zimmern, de judicio, quod vocant, rescindente ac rescissorio*, Jen. 1826, 8. Voyez *contra*,

cordée à quelque époque que ce fût. La question de savoir si le préteur devait restituer *extra ordinem*, ou bien accorder une action restitutoire, dépendait des divers édits et de la manière dont ils étaient conçus : celui qui concernait les mineurs était conçu en termes si généraux, que le préteur avait le choix entre l'un ou l'autre mode (conf. *infra*, § 104). Depuis la suppression du *judiciorum ordo* on ne pouvait plus, à la vérité, formuler une action rescisoire ; cependant il y avait toujours une procédure particulière relative à l'admission de la restitution, puis ensuite les débats pouvaient s'ouvrir sur le rescisoire, c'est-à-dire sur le fond.

Parmi les édits dont nous devons nous occuper dans les paragraphes suivants, il y en a qui sont devenus la source d'autres moyens restitutoires, et on a regardé comme étant des restitutions en entier ces autres moyens et d'autres encore dont il n'est parlé que dans le Digeste [6]. Mais la différence entre ces moyens et les véritables restitutions en entier est facile à saisir [7]. Toute action nouvelle, ordinairement une action *in factum*, donnée pour indemniser celui qui a à se plaindre de la perte d'un droit, n'opère pas une restitution dans le sens juridique de ce mot. Ce qui caractérise la restitution en entier, ce n'est pas l'indemnité obtenue pour le dommage souffert ; il faut pour cela qu'il y ait une rescision formelle du fait qui a causé la perte du droit, il faut que ce fait soit considéré comme n'ayant pas existé. Toute vraie restitution repose sur la fiction que le droit éteint ne l'est pas [8]. Ainsi, l'*alienatio judicii mutandi causa facta* n'est pas une restitution en entier, parce que l'aliénation ne reçoit aucune atteinte ; il est seulement donné une action *in factum* pour arriver à in-

Ed. Huschke, Tüb. Krit. Zeits. t. 2, cah. 2, p. 163 et suiv. (Quant à cette opinion de Zimmern, voyez Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum, § 161, note 9. E.)

[6] C'est la méprise que commet encore Hugo, 10e édit. de son histoire, p. 629.

[7] Zimmern, l. c. p. 4 sqq.

[8] On verra dans les paragraphes suivants la différence entre l'action *quod metus causa*, ou l'action de dol, et la restitution pour cause de crainte ou de dol.

demniser celui qui a souffert de cette aliénation (§ 124). L'action rédhibitoire, qui ne tend qu'à rendre indemne, n'est pas non plus une restitution en entier; il en est de même de l'action Paulienne *in factum*, dont nous avons parlé au paragraphe 82. En outre, il n'y a pas de restitution *civile*. Ce que l'on qualifie ainsi, ou n'est pas une restitution [9], ou est une restitution prétorienne étendue à certains cas particuliers par les jurisconsultes [10], par le sénat et par des rescrits [11], de même qu'il arrivait souvent que le préteur appliquât à tel ou tel cas la restitution qu'il avait promise dans son édit d'une manière générale [12].

De même que, dans les exceptions, ce n'est pas un droit civil que concède le préteur, il rend seulement sous une forme juridique un droit qui était éteint. Au reste, toute restitution est accordée *causa cognita* [13]: il faut bien, en effet, examiner si elle est nécessaire ou avantageuse [14], s'il y a réellement lésion ou si elle n'est pas de trop peu d'importance (*captum*, *deceptum*, *circumventum esse*) [15]. Elle est aussi accordée plus ou moins facilement, suivant les circonstances contre lesquelles elle est invoquée [16]. Il y avait controverse sur la question de savoir si elle devait être accordée contre la personne à laquelle devait de la déférence et du respect celui qui la réclamait; Justinien s'est prononcé pour la négative [17].

[9] Tel est le cas de la lésion énorme dans la L. 2 C. de resc. vend.

[10] Ainsi la restitution dans un droit qui n'a été éteint que par l'intercession d'une femme; voy. L. 8, § 9, 11. L. 13 f. L. 14 D. ad sct. Vell. (16, 1). L. 16 C. eod. (4, 29).

[11] Voy. Adrien : L. 33 D. de re jud. (42, 1). Marc : L. 7 D. h. t. Alexandre Sévère : L. 35 D. de serv. præd. rust. (8, 3).

[12] L. 3, § 1, de eo per quem fact. (2, 10). Zimmern, p. 13 sq.

[13] L. 3 D. h. t. Paul, I, 7, § 3.

[14] L. 16, § 2, 3, D. de minor. L. 3 C. si tutor (2, 25).

[15] L. 1 f. L. 4 D. h. t. L. 3, § 5, 7. L. 7, § 1, § 3 f. § 7. L. 9 pr. L. 11, § 2. L. 24, § 4. L. 29 pr. L. 49 D. de minor. L. 9, § 4, D. de jurejur. (12, 2). L. 54 de contrah. empt. (18, 1).

[16] Gaius, IV, 57, *infra*, § 168, et Tit. C. 2, 20-44.

[17] L. 2 C. qui et adv. quos (2, 42), conf. avec L. 27 f. D. de minor. L. 11, § 1, quod. met. causa.

§ CII. — *De la restitution metus causa* [1].

Le préteur L. Octavius, qui était consul en l'an de Rome 678, et qui vivait encore du temps de Cicéron, a rendu cet édit : *Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo ;* et la formule proposée à ce sujet s'est appelée *formula Octaviana* [2]. Il paraît que, du temps de Sénèque, l'édit avait encore cette forme [3] ; ce fut plus tard seulement que des préteurs, Servius Julianus le premier peut-être, ont retranché le mot *vis* comme inutile, et ont rédigé l'édit ainsi : *Quod metus causa gestum sit, ratum non habebo* [4]. On recourait à ce moyen juridique offert par l'édit, soit sous la forme d'une exception *quod metus causa*, soit sous celle d'une action ; or l'action pouvait se présenter sous deux aspects différents. Le préteur pouvait accorder l'ancienne action éteinte d'une manière utile, soit réelle, soit personnelle, c'est-à-dire avec une formule rescisoire, en donnant au juge la mission de juger comme si le droit n'avait pas été éteint, *rescissa acceptilatione* ou *rescissa traditione*, ou, lorsque quelqu'un avait répudié une hérédité par crainte, en conférant au juge le pouvoir de juger comme s'il était encore héritier [5]. C'était là la véritable restitution en entier pour cause de crainte. Une autre action pouvait être donnée dans ce but, mais par la formule *quod metus causa :* ici le juge devait, non pas rescinder les effets de l'acte produit par crainte, mais contraindre le défendeur à rétablir le demandeur dans la position qu'il avait perdue par suite de l'acte qu'on lui avait extorqué. C'était une simple action *in factum*, arbitraire, tout à fait distincte de la véritable restitution *ob metum*, et qui n'était pas

[1] D. quod metus causa gestum erit (4, 2). C. de his quæ vi metusve causa gesta sunt (2, 20).

[2] Cic. Verr. III, 65, avec I, 50, et ep. ad fratr. I, 1, n° 7. L. 1 D. h. t.

[3] Senec. Controv. IV, 26 : Neque enim lex *vim* adhibenti irascitur, sed passo succurrit, et iniquum illi videtur, id *ratum esse*, quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est.

[4] L. 1 D. cit.

[5] L. 9, § 4, 6. L. 14, § 2. L. 21, § ult. D. h. t. L. 3 C. h. t.

appliquée avec autant d'extension que la précédente [6]. Les expressions générales de l'édit, qui ne s'occupait pas de « *quis metum intulit*, » comme pour le dol, permettait d'opposer l'exception ou d'invoquer l'action contre des tiers, et, dans ce sens, l'exception ou l'action était conçue *in rem* (voy. §§ 59 et 94, *supra*).

§ CIII. — *De la restitution pour cause de dol* [1].

Avant Cicéron, outre les actions pénales naissant de délits, il n'y avait pas, que nous sachions, de moyens de protection contre le dol auxquels on pût recourir, si ce n'est dans les rapports de pupille à tuteur, d'après la loi des XII Tables et d'autres lois postérieures, en faveur des adolescents, en vertu de la loi Plætoria, et, *sine lege*, dans les actions de bonne foi : le préteur Aquilius Gallus, contemporain de l'orateur romain, par conséquent postérieurement à l'édit d'Octavius, vint combler cette lacune en proposant les formules *de dolo malo* [2]. Il est évident qu'Aquilius Gallus ne s'est pas contenté d'insérer dans son édit l'exception de dol ; mais qu'il y a aussi proposé une action de dol, et, en outre, des clauses de contrat destinées à prévenir le dol [3]. L'édit, en ce qui concerne l'action, du moins d'après ce que nous apprend Ulpien, comprenait ces expressions : « *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo* [4]. » Quant à la question de savoir ce qui constitue le dol, c'est à la doctrine à en déterminer les éléments ; Aquilius Gallus a voulu le définir en disant : « *Cum esset aliud simulatum aliud actum* [5] » dans l'intention de tromper. Cette définition a été

[6] L. 14, § 1, 2, 10, 11. L. 21, § 6, D. L. 4 C. h. t. Paul, I, 7, § 4.

[1] Paul, I, 8. Tit. de dolo malo, D. 4, 3. C. 2, 21. C. Th. 2, 15.

[2] Cic. de off. III, 14, 15.

[3] Hugo, Rg. p. 784, note 2, regarde les clauses d'Aquilius Gallus comme se référant seulement aux clauses de contrats destinées à prévenir le dol. Mais voyez *contra*, Schilling, Bemerk. über Rg. p. 352.

[4] L. 1, § 1, D. h. t.

[5] Cic. de off. l. c.

répétée par d'autres; mais elle a été critiquée par Labéon, qui en a donné une autre, laquelle ensuite a été adoptée par Ulpien et a passé dans la compilation de Justinien [6]. Or l'action de dol est aussi une action arbitraire, *in factum;* elle n'est pas restitutoire, puisqu'elle est refusée lorsque la restitution, pour le dol comme pour d'autres motifs, est possible [7]. Comme une restitution *ob dolum*, si elle avait été praticable au moyen d'une action, aurait rendu impossible l'action *de dolo*, qui n'était pas subsidiaire [8], il faut admettre cette conséquence que la restitution pour cause de dol ne pouvait être obtenue que par une exception ou une réplique de dol [9]. Au reste, pour donner l'action ou l'exception de dol, il faut examiner CUJUS *dolo* et QUID *dolo malo factum sit* [10]. Aussi l'exception *quod metus causa* a quelquefois une plus grande portée, et l'on a fini par abandonner [11] l'opinion de Cassius [12], qui ne croyait pas devoir se référer à l'édit d'Aquilius Gallus pour l'exception *quod metus*, parce que, disait-il, l'exception de dol lui suffisait.

§ CIV. — *Restitution pour cause de minorité* [1].

La loi Plætoria protégeait déjà les mineurs de vingt-cinq ans contre la *circumscriptio*, et par conséquent aussi contre le dol [2]. Ce principe reçut une grande extension par suite de l'édit suivant du préteur : « *Quod cum minore quam XXV annis natu*

[6] L. 1, § 2, D. h. t. L. 7, § 9, D. de pact. (2, 14).

[7] L. 7, § 1, D. de in int. rest. (4, 1). L. 1, § 6. L. 7 pr. D. h. t. (Mühlenbruch, Doctr. Pand. § 158, note 4, critique cette distinction signalée par Zimmern entre la véritable action restitutoire et l'action de dol. E.)

[8] L. 1, § 4. L. 7 pr. L. 25. L. ult. D. h. t.

[9] C'est ce qui a été déjà remarqué par Wening, Lehrb. des Civilr. livre 6, § 23; Zimmern, de jud. rescind. etc. p. 8, et Huschke, l. c. p. 168.

[10] L. 15, § ult. L. 16 D. h. t. Voy. *supra*, §§ 59 et 94.

[11] L. 4, § 33, D. de doli et metus exc. (44, 4).

[12] Cic. pro Rosc. Am. 30. Phil. II, 14, pro Mil. 12 et ibid. Ascon. Val. Max. III, 7, § 9; VIII, 1, § 7.

[1] Paul, 1, 9, D. de minorib. XXV annis (4, 4). C. de in int. restit. minor. (2, 22).

[2] Cic. de off. III, 15, de nat. Deor. III, 30.

gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam [3].» On ignore la date de cet édit. Par là le magistrat était investi du pouvoir presque sans limites de restituer le mineur contre toutes sortes d'actes préjudiciables [4]. Cette restitution pouvait être accordée par tous moyens indiqués plus haut, § 101, *extra ordinem*, ou par la concession soit d'une exception [5], soit d'une action rescisoire [6]. En effet, il est dit positivement que ce dernier édit ne produit aucune « *propria actio vel cautio* [7]. » En vertu d'un rescrit d'Alexandre Sévère, le préteur venait aussi au secours d'une *respublica, extra ordinem* [8]; Gordien dit déjà, en se référant à d'anciens rescrits, que ce secours accordé à une *respublica, extra ordinem*, l'était au moyen d'une restitution [9]; et enfin, dans une constitution de Dioclétien et de Maximien, on trouve qu'il est d'usage qu'une *respublica* puisse invoquer les droits qui compètent aux mineurs, et que, par conséquent, elle ait la faculté de recourir aux mêmes restitutions [10].

§ CV. — *Status mutatio* [1], *error*.

Le préteur promettait de rendre, comme rescisoires, les actions qu'avait éteintes le changement d'état, par cet édit: « *Qui quæve posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve* PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO [2]. » D'après ce qu'affirment les jurisconsultes romains, cet édit n'avait trait qu'à la

[3] L. 1, § 1, D. h. t.

[4] L. 1 pr. D. eod. Gaius, IV, 57 f. 11, 163, etc.

[5] L. 9, § 4, D. de jurej. (12, 2).

[6] L. 3, § 9. L. 13, § 1. L. 24, § 4. L. 29, § 2. L. 46 pr. D. h. t. L. 39, § 6, de proc. (3, 3). L. 39 pr. de evict. (21, 2). L. 2 C. si adv. transact. (2, 32). L. 2 C. si ut omissam (2, 40).

[7] L. 24, § ult. D. h. t.

[8] L. 3 C. de jure reipubl. (11, 29).

[9] L. 1 C. de off. ej. qui vicem (1, 50).

[10] L. 4 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

[1] D. de capite minutis (4, 5).

[2] L. 2, § 1, D. h. t. conf. Gaius, IV, 38. L. 5 C. quib. ex caus. maj. (2, 54).

minima capitis deminutio; de sorte qu'ils ont donné une action rescisoire dans les cas de *majores minutiones* contre ceux auxquels les biens sont parvenus ; ce qui pouvait avoir lieu également pour le cas de la petite déchéance d'état [3]. Sous Justinien, la petite déchéance d'état ayant été supprimée, l'action restitutoire pour ce cas n'eut plus lieu.

La restitution pour cause de *justus error* est la seule qui ne soit pas traitée dans un titre particulier du Digeste et au sujet de laquelle on ne trouve aucun développement spécial. On rencontre seulement à ce sujet un édit concernant un cas particulier, celui par lequel le préteur promet de restituer celui qui, sans le savoir, a plaidé contre un pupille autorisé par un faux tuteur. « *Dabo in integrum restitutionem,* » dit le préteur [4], qui rend comme rescisoire l'ancienne action éteinte par la *litiscontestatio* [5]. Il est possible que d'autres édits aient encore donné lieu à la restitution pour cause d'erreur ; mais il ne nous est parvenu que quelques renseignements très-morcelés, desquels ont peut conclure [6] que l'erreur n'était une cause de restitution [7] que relativement à des actes de procédure, spécialement à l'occasion de la rédaction des formules [8]; par conséquent, la compilation de Justinien n'a dû, la procédure formulaire n'existant plus, nous transmettre aucun texte spécial à ce sujet, quoique cependant il y eût encore dans la procédure nouvelle des cas de restitution de cette espèce.

[3] L. 2 pr. L. 7, § 2, 3, D. h. t. Voy. *supra*, § 77, note 17.

[4] Conf. L. 1, § 6. — L. 6 D. quod fals. tut. (27, 6).

[5] Arg. L. 18 D. de inter. in jur. (11, 1). C'est d'après le même principe que celui qui avait actionné une personne qui n'était pas son véritable adversaire perdait son droit même contre ce dernier. Voy. *infra*, § 120, et Keller, p. 574-578. W. Francke Beytræge, etc. Abth. 1. Gœtting. 1828, p. 86.

[6] Francke, p. 90.

[7] L. 11 pr. de exc. rei jud. (44, 2). L. 13 pr. de inst. act. (14, 3). — L. 11, § 8-10, de int. in jur. (11, 1). — L. 2 de exc. rei jud. — L. 1, § 17, de separ. (42, 6). — § 33 J. de act.

[8] Gaius, IV, 53, 57. Suet. claud. c. 14.

§ CVI. — *Restitution pour cause d'absence et d'autres empêchements* [1].

Sous la rubrique d'une restitution accordée aux majeurs de vingt-cinq ans, le Digeste nous fait connaître un édit prétorien qui promet de restituer contre les conséquences d'une omission par suite d'absence (ce que mentionne déjà Térence [2]) ou d'autres empêchements [3]. Ainsi le préteur restituait celui qui [4] avait éprouvé une perte, parce que 1° il avait été absent par crainte ou dans l'intérêt de la république et sans dol; ou 2° il s'était trouvé dans les fers, en esclavage ou au pouvoir des ennemis; ou 3° son adversaire, qui était en voie d'usucapion, était dans les fers, absent ou hors de son atteinte; ou 4° le magistrat avait refusé ou négligé de lui donner audience : le préteur, disons-nous, le restituait dans le droit ou la propriété qu'il avait ainsi perdue [5]. En outre, l'édit ajoutait : « *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam*, conformément au droit civil. » — Cette dernière clause générale [6] permettait au préteur de restituer aussi, pour cause d'omission non coupable, dans d'autres cas où l'équité l'exigeait [7].

[1] D. ex quib. causis majores (xxv an.) in integrum restituuntur (4, 6). C. quib. ex caus. majores in int. restituantur (2, 54).

[2] Ter. Phormio A. II, sc. 4, v. 9 sq. : — quod *te absente* hic filius egit, *restitui in integrum*, æquum est et bonum, et id impetrabis.

[3] Francke, l. c. p. 68.

[4] L. 1, § 1, D. h. t.

[5] Quoique cette action rescisoire soit appelée Publicienne dans les L. 57 D. mand. (17, 1), L. 35 pr. de obl. et act. (44, 7), conf. § 5 J. de act., il ne faut pas pour cela l'attribuer à Publicius, comme l'a fait Biener, Diss. cit. p. 22. En effet, le préteur a pu rendre la propriété comme un *in bonis esse*; or, alors compétait l'action Publicienne.

[6] L. 26, § 1, 9. L. 33 pr. D. h. t.

[7] On en trouve des exemples L. 7 f. D. de minor. L. 26, § 1, 9. L. 27, 28 pr. L. 33 D. h. t. L. 1, § 9, de itin. actuq. (43, 19); conf. avec L. 35 de serv. præ. rust. D. (8, 3). On n'a jamais été d'accord sur la question de savoir si cette dernière clause ne devait s'appliquer qu'à d'autres cas d'absence, ou si elle devait s'entendre aussi de tous cas d'équité ou de

§ CVII. — *Délais de la restitution* [1].

De même que la plupart des actions prétoriennes, la restitution n'était accordée que pendant une année utile; ainsi l'action de dol, l'action *quod metus causa* [2] et la restitution *ob metum* ne duraient qu'un an. Il n'y avait que l'action rescisoire pour cause de changement d'état qui était perpétuelle [3]. Constantin a d'abord, quant à l'action de dol, décidé qu'elle devait être demandée dans le délai d'une année continue à partir de l'acte commis par dol, et terminée dans le délai de deux autres années continues; ce que Justinien a interpolé de manière à n'accorder que deux années continues pour demander cette action et arriver à une sentence [4] (voy. *infra*, § 151, note 15). D'après une autre décision de Constantin, la restitution *in integrum* pour cause de minorité devait être demandée et terminée dans le délai de cinq ans continus à Rome et dans le rayon de cent milles, de quatre en Italie, de trois dans les

lésion; mais cette clause, qui n'est qu'une partie de l'édit, doit, dans tous les cas, être renfermée dans les bornes de cet édit lui-même : toutefois il ne faut pas la restreindre à l'absence, puisque le n° 4, dont il est parlé dans notre texte, est étranger à l'absence. Nous appliquerons donc cette clause à toute espèce d'empêchements, L. 10 D. h. t. (ce qui peut, au reste, être considéré comme une absence feinte). Conf. Franck, p. 73.

[1] C. de tempor. in int. rest. tam minor. et aliar. pers. quæ restitui possunt, quam etiam heredum eorum (2, 53). Chr. Fr. Glück, de vita petendæ rest. in int. cap. 3, opusc. Fasc. IV, p. 3 sqq. Unterholzner, Verjæhrungslehre, t. 2, p. 1-20.

[2] Pour la restitution des majeurs, ce délai est fixé dans l'édit et dans la L. 35 pr. D. de ob. et act. (« quia contra jus civile datur »), L. 5 C. h. t. — Quant à la restitution des mineurs, cela est dit L. 19, L. 39 pr. D. de min. Quant à l'action de dol, voy. L. un. C. Th. de dolo (2, 15), et pour l'action *quod metus causa*, laquelle, comme l'action de dol, est accordée après l'année jusqu'à concurrence de ce dont s'est enrichi le défendeur, voy. § 103, note 6, *supra*.

[3] L. 2 f. D. de cap. min. (4, 5).

[4] L. un. C. Th. cit. L. 8 C. de dolo (2, 21. C'est par une inconséquence u'il a transpo rté la constitution de Gordien dans la L. 3 C. de dolo. Unterholzner, l. c. p. 371, note 783.

provinces, à partir de la majorité ou de la *venia ætatis* [5]. Justinien a abrogé cela en ordonnant que la restitution en entier, pour les mineurs comme pour les majeurs, durerait quatre années continues au lieu d'une année utile [6], et que toute la procédure y relative serait terminée dans ce même délai [7]. Par restitution des majeurs, Justinien a entendu parler de la restitution du paragraphe précédent; là donc doit s'arrêter l'application du *quadriennium* de cet empereur; de telle sorte que pour les cas autres que ceux d'absence, en ce qui concerne les majeurs, il faut s'en tenir au droit antérieur à Justinien [8].

[5] L. 2 C. Th. de int. rest. (2, 16).

[6] L. ult. C. h. t. Si la *venia ætatis* avait été accordée au mineur de 25 ans, il avait, ainsi que l'avait admis la L. 2 C. Th. cit. la restitution en entier pour les actes faits par lui auparavant, et à partir de cette *venia ætatis*, L. 5 pr. C. h. t. (2, 53).

[7] Unterholzner, p. 19, note 531.

[8] Conf. les auteurs cités dans Glück, comm. t. 5, p. 436. Lœhr, Archiv. f. civ. Prax. t. 10, p. 86-87. Au fond, Unterholzner est de notre avis, p. 5, note 525, lorsqu'il fait remarquer qu'il n'y a pas d'action rescisoire pour cause de dol, que la restitution *ob metum* était rarement invoquée à cause de l'action *quod metus causa*, que la restitution pour *capitis minutio* était perpétuelle, et que la restitution pour cause d'erreur n'avait lieu que dans certains cas particuliers. (Mais Mühlenbruch, doctrinæ Pandect. § 159, note 5, critique fortement l'opinion de Zimmern. E.)

TROISIÈME PARTIE.

DES ACTES DE PROCÉDURE ET DES REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

—

CHAPITRE Ier. — DES ACTES DE PROCÉDURE [1].

Première section. — **Des actes de procédure sous le système des actions de la loi.**

§ CVIII. — *In jus vocatio* [2].

Le défendeur était amené devant le magistrat [3] **au moyen** de la *vocatio in jus*. **Dans** les temps les plus reculés comme plus tard [4], tout procès [5] commençait par un acte d'autorité privée qui avait pour objet de conduire [6] le **défendeur devant le magistrat. Celui-ci devait obéir à l'intimation du demandeur;** c'était un principe admis; il n'y avait pas besoin que le ma-

[1] A. H. van Hees, de iis quæ antiquitus ap. Rom. inter litigatores ante litiscontestationem fiebant, L. B. 1747, Fellenberg, Jurisprud. ant. t. I, p. 491-564. Jo. Lud. Albrecht, de vera jurisdictionis veter. indole, Lips. 1752, 4, p. 14-39. Chr. Fr. Glück, de vita petendæ rest. in integr. cap. 2, sect. 1, opusc. Fasc. II, p. 307-400. C. L. Goldschmidt, über litiscont. und Einred. p. 1-26.

[2] Tit. de in jus voc. D. 2, 4. C. 2, 2. Idsinga, Lib. sing. Varior. jur. civ. c. 3-6, p. 19 sqq. H. Jo. Arntzenii. Dissert. ad L. 2, de in jus voc. cap. 2, Miscellan. p. 256-270.

[3] Voy. *supra*, § 32, 38 et suiv.

[4] Voy. *infra*, § 111 et § 5, J. de pœna tem. litig. (4, 16). Les passages relatifs à la *vocatio in jus* se trouvent rassemblés dans Brisson. de formul. V, 1. Conf. notes 13 et 15.

[5] On excepte la *pignoris capio*, voy. § 48, *supra*. Tite-Live présente le procès de Virginie commençant par une *vocatio in jus*, III, 44.

[6] Conf, note 4, *hic*.

gistrat donnât à ce sujet un ordre préalable [7]. C'est en supposant cela constant que la loi des XII Tables commence [8] par ces paroles : « *Si in jus vocat*, » ensuite venait « *ni it, antestator; igitur em capito* [9]; *si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito* (i. e. injicito [10]); *si morbus* [11] *ævitasve vitium escit*,

[7] Conf. Gell. XIII, 13 : « *a privato* in jus vocari est potestas. »

[8] Que ces mots « *si in jus vocat*» aient été les premiers de la loi des XII Tables, c'est probable; mais cela ne résulte pas nécessairement, comme on l'a cru jusqu'ici avec Jacques Godefroy qui, ici, suit l'opinion de L. Carrio, Obs. et emend. I, 8, du passage de Cicéron, *de legib.* II, 4; car le texte de ce passage, ainsi que l'a démontré Unterholzner, dans la Zeits. t. 2, n° 17, doit être ainsi lu : « *A parvis... didicimus* SI IN JUS VOCAT *atque ejusmodi alias leges nominare* (conf. Hugo, l. c. note 1. Dirksen, XII Taf. p. 137 et suiv.); » ce qui signifie : « Nous sommes habitués dès notre bas-âge à nommer *leges* notre *si in jus vocat* et d'autres dispositions semblables, etc. » Dans ce passage il n'est donc pas question d'apprendre par cœur, comme *ibid.* c. 23. Mais, comme Cicéron met ces mots de la loi des XII Tables en relief, il est vraisemblable qu'ils étaient les premiers, d'autant plus qu'il est constant que la première Table s'occupait de la procédure, et d'abord de la *vocatio in jus*. Conf. aussi les L. 18, 20, 22, D. h. t. qui ont été extraites du 1er livre de Gaius sur la loi des XII Tables. Dirksen, p. 120.

[9] D'après Carrio, l. c. II, 12, conf. avec I, 14, la leçon que nous donnons de la loi des XII Tables, depuis *si in jus* jusqu'à *capito*, paraît être la véritable, telle que la cite le scholiaste d'Horace (Porphyrio sur la Sat. I, 9, v. 65); elle est altérée dans la plupart des éditions. Conf. Dirksen, p. 132-137. (Voyez aussi l'édition de M. Poncelet, dans sa traduction de l'Histoire des sources, celle de M. Blondeau, dans son volume du Droit anté-Justinien, et enfin celle de M. Ortolan, dans son Histoire du droit romain. E.)

[10] Ces mots de la loi des XII Tables nous sont transmis par Festus, v. *struere*.

[11] Ce qui vient prouver, en détail, la correction du texte, c'est que Aulu-Gelle (XX, 1) cite, comme étant de la loi des XII Tables, ces mots : « *si in jus vocat, si morbus* rel.; » c'est encore que Auct. ad Her. cite, comme étant une obligation imposée par cette loi : « *ut in jus eas, cum voceris*; » puis dans Nonius, c. 1, v. *calvitur*, les mots *si non it, capito* de Lucilius Satyr. lib. 17, et *si calvitur*, sous le point de vue de la critique, sont exacts (conf. Dirksen, p. 139). Enfin on trouve dans Festus, v. « PEDEM STRUIT *in XII significat* FUGIT, *ut ait Serv. Sulpicius*; » et, dans la L. 233, pr. D. de verb. sign. tirée de Gaius, lib. I,

qui in jus vocabit, jumentum dato; si nolet, arceram ne *sternito.* »
« Si quelqu'un en appelle un autre devant le magistrat, et que celui-ci ne veuille pas y aller [12], que le demandeur prenne des témoins et l'arrête [13]; s'il refuse de suivre ou s'enfuit [14], que le demandeur employe la *manus injectio* et le traîne devant le magistrat [15]. Mais si la maladie ou l'âge empêche le défendeur de suivre, que le demandeur lui fournisse un moyen de transport; s'il lui donne un chariot couvert, c'est qu'il le voudra

ad XII Tab. : « SI CALVITUR *et moretur et frustretur*, dans laquelle ces derniers mots *moretur et frustretur* ne sont qu'explicatifs (c'est du moins ce que pense Cramer dans son édition Tit. de verb. sig.). Quant à l'ensemble de ce texte de la loi des XII Tables, qu'admettent Godefroy et Dirksen, il résulte suffisamment de la liaison que présentent les idées, du passage d'Aulu-Gelle et de celui de Nonius, et de ce que Porphyrio, sur le mot *antestari* de Horace, fait la scholie : « est ergo antestari, scil. *antequàm manus injiciat.* »

[12] Il n'y avait pas *ito* ou *eat*, après *si in jus vocat*, dans la loi des XII Tables même; c'est ce que Carrio, Hugo et Dirksen (p. 137) ont fait remarquer.

[13] Si l'on ne pouvait pas démontrer que le *antestari* avait précédé l'arrestation, cette voie de fait était regardée comme une violence donnant lieu, du moins plus tard, à une action d'injure; voy. Acron. ad Horat. Sat. l. c. et une ancienne glose *hic* citée dans Glück, l. c. opusc. Fasc. II, p. 311 : et lorsque le demandeur prenait des témoins, il leur touchait l'oreille, « *in ima aure memoriæ locus, quem tangentes antestamur,* » dit Plin. H. N. XI, 45. Voy. aussi Serv. ad Virg. Ecl. 6, v. 3 et 4. D'après le témoignage de Ræward (ad XII Tab. c. 5, opp. p. 26), une ancienne pierre représente la chose. Conf. aussi Hor. l. c. (Sat. I, 9, v. 74 sqq.), Plaut. Curc. A. 5, sc. 2, v. 23 sqq., sc. 3, v. 15-17. Persa A. 4, sc. 9, v. 8-10. Pœn. A. 5, sc. 4, v. 59 sq. Terent. Phormio, A. 5, sc. 7, v. 88 sqq. — Cujas, Obs. VII, 16. Jo. H. Born, de antestatione in jus vocant. ap. Roman. Lips. 1737, 4, van Hees, l. c. § 15, p. 505-508.

[14] Voyez note II.

[15] Conf. § 44. Il va de soi qu'il y avait ici un *ducere*, L. 5, § 1, D. qui satisd. cog. (2, 8). Le *obtorto collo rapere*, ainsi que le dit Plaute, Pœnul. A. 3, sc. 5, v. 45, a paru inadmissible à plusieurs auteurs, excepté pour les personnes d'un rang très-inférieur; tels sont Robert, sent. III, 1, Vinnius ad § 12, J. de act. Gundling, de commento violentæ in jus vocat. dans *Gundlingiana*, P. XXV, p. 404-430. Mais, outre les passages cités à la note 13 et Plaute, l. c., voyez aussi Plaute, Rud. A. 3, sc. 6, v. 28 sqq. Térence, Phormio A. 5, sc. 7, fin. Arg. Val. Max. II, 1, n° 5. Conf. Idsinga, l. c. c. 6, p. 47 sq. Arntzen, l. c. p. 263 sqq.

bien [16]. » Le défendeur ne pouvait s'affranchir de l'obligation de suivre le demandeur qu'au moyen d'une transaction, ou qu'en fournissant un *vindex* [17]. Ce *vindex*, d'après une disposition formelle de la loi des XII Tables [18], devait être riche si le débiteur lui-même l'était; s'il était pauvre, pouvait être *vindex* qui le voulait [19]. Le *vindex* assumait sur lui tout le procès

[16] Ces expressions se trouvent commentées dans Aulu-Gelle, XX, 1. Il ne faut pas lire *vitiumve*, et croire que, dans la loi des XII Tables, on ait voulu distinguer *morbus* de *vitium*; *vitium escit* signifie *impedimento erit*. Quant à *arcera*, conf. Nonius, lib. I, v. *Arcera* et Varro de L. L. IV, 31, fin. Voyez, au reste, Dirksen, p. 148 et suiv.

[17] Chr. Fr. Ge. Meister, *Vindex et Vas*, Gott. 1746, cap. 1, opusc. Syll. I, p. 269-290.

[18] Gaius, IV, 46: « qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit. » Ce qui prouve qu'il en était ainsi à cette époque, c'est la L. 22, § 1, D. h. t. tirée de Gaius, lib. I, ad XII: « qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est, si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit. » Conf. ces mots de la loi des XII Tables: « *rem, ubi pagunt, orato,* » c'est-à-dire, « le magistrat doit respecter la convention des parties. » Conf. Auct. ad Her. II, 13, et *ibid.* Dirksen, p. 170 et suiv., avec les expressions de la note 9 du § 110, *infra*. Seulement il ne faut pas croire que la loi des XII Tables contienne des dispositions spéciales sur le droit de représenter une autre personne en justice; elle supposait ce droit comme constant. Dirksen, p. 156. — Voici le texte de la loi des XII Tables: « *si recte commemini*, » dit Aulu-Gelle, XVI, 10: *Assiduo vindex assiduus esto, proletario cui quis volet vindex esto*. Conf. Cic. Top. c. 2, f. (où Lex *Ælia Sentia* est évidemment une altération), et Varro, dans Nonius, c. 1, v. *Proletarii*. Voyez, du reste, Dirksen, p. 157 et suiv.

[19] Conf. les passages de la note précédente, et Hugo, p. 278, note 1. Ce n'est qu'à cause de la liaison des idées que l'on a pensé que ce qui concernait le *vindex* était placé, dans la loi des XII Tables, immédiatement après les trois premières dispositions de la table première. On l'a pensé aussi à cause de la L. 22, D. cit. Haubold (epitom. p. 132, n° 8, et Epicrisis in Heinec. antiquit. IV, 6, § 18), réfère ce qui concerne le *vindex* à la procédure contre les insolvables; Hugo, l. c. rapporte aussi cela à la *manus injectio*. Mais Aulu-Gelle, qui nous fait connaître dans tout son ensemble la procédure de la *manus injectio*, dans un passage du livre XX, ch. 1, mentionne ce qui concerne le *vindex* dans un autre lieu, au chapitre 10 du livre XVI. La L. 234, § 1, D. de verb. sign., tirée du 2e livre de Gaius sur la loi des XII Tables, peut fort bien se référer, à l'occasion de la *manus injectio*, au passage du livre XVI, 10, voy. Dirksen,

comme les représentants d'un défendeur à une époque moins reculée [20]. La loi des XII Tables ne disait pas que les parties devaient nécessairement transiger dans le trajet qu'elles faisaient jusques au magistrat [21], et l'on n'avait pas la pensée qu'une semblable transaction dût avoir un effet particulier, autre que celui de toute transaction ordinaire [22]. En parlant d'un tel pacte, cette loi a seulement voulu indiquer un moyen d'échapper à l'obligation, pour le défendeur, de suivre son adversaire, sans donner un *vindex ;* or pour cela, il fallait bien que la transaction, si elle n'avait pas eu lieu avant de se mettre en marche, se fît dans le trajet. Au reste, il va de soi qu'elle pouvait encore être faite devant le magistrat lui-même. Parmi les modifications qui ont ensuite tempéré la rigueur de la *vocatio in jus*, plusieurs tiennent à la *legis actio* (§ 111).

§ CIX. — *De la litiscontestatio.*

Arrivées devant le magistrat, les parties commençaient à y accomplir les formalités spéciales à l'action de la loi à laquelle elles avaient besoin de recourir. Mais elles ne le pouvaient [1] les jours néfastes [2], et il est probable qu'elles ne pouvaient également procéder devant le juge ces mêmes jours, dans lesquels

p. 121, à moins qu'on ne préfère dire que le *vindex* qu'il fallait, lorsqu'on était déjà arrivé devant le magistrat, devait être *locuples* toujours. Conf. § 46, note 8, *supra*, et que c'est de cette dernière circonstance que s'occupe la L. 234, § 1, cit.

[20] Gaius, L. 22, cit. : « si quis ejus personam defendit. » Boeth. ad Cic. Top. c. 2 : « Vindex est, qui alterius causam suscipit vindicandam, *veluti quos nunc procuratores vocamus.* » Conf. Meister, p. 286-290.

[21] Parce que Gaius dit : « *dum in jus venitur*, » Jacques Godefroy restitue le passage de la loi des XII Tables, se référant à ce que dit Cicéron *pro Mur.* c. 12, de cette manière : « *in via* rem uti pagunt ; » c'est évidemment mal à propos que Jacques Godefroy fait cette restitution ; car les mots *in via* sont tout à fait inutiles, et, d'un autre côté, Cicéron fait allusion à la *deductio* symbolique, voy. § 41.

[22] C'est ainsi que semble l'entendre aussi Hugo, p. 306.

[1] Gaius, IV, 29. Varro, L. L. V, 4 (p. 35, ed. Goth.). Festus, v. *Religiosus.* Ovid. Fast. I, v. 47 sq. Cic. pro Mur. c. 11. Liv. IX, 46.

[2] Pollet. hist. for. Rom. I, 8, avec les *Broidæi* Corollaria.

les trois mots: *do*, *dico*, *addico* devaient rester muets [3]. Ce ne fut qu'en vertu de la loi Hortensia que les *nundinæ* devinrent des jours fastes [4]. Le procès pouvait se terminer devant le magistrat. Lorsqu'il n'en était pas ainsi, on y posait cependant les bases de toute la procédure ultérieure et d'une décision définitive. On obtenait de lui, dans l'action *sacramenti* depuis la loi Pinaria, et plus tard dans la *condictio*, après le délai de trente jours, un juge qui devait rendre cette décision; et, avant de quitter sa présence, les parties s'ajournaient à comparaître devant ce juge le troisième jour (du moins dans l'action *sacramenti*); ce jour s'appelait *perendinus* ou *comperendinus dies*. Dès lors il y avait *dies comperendinata* [5]. Chacune des parties ensuite prenait solennellement des personnes à témoin de ce qui s'était passé devant le magistrat; ainsi se terminait toute la procédure destinée à préparer la *lis*, appelée plus tard *judicium*. De là l'expression *litem contestari*, tirée de ce que les parties invoquaient ce témoignage dont nous venons de parler [6]. Il est certain que le nom de *litiscontestatio*, qui indique par son étymologie [7] ce dernier acte de la procédure devant le magistrat, a signifié plus tard toute cette procédure elle-même [8]. Il fallait bien, dans le système des actions de la loi, où les parties ne recevaient pas du préteur un écrit destiné à instruire le juge de l'objet de sa mission, qu'elles eussent *in jure* des témoins qui pussent remplir le même but. Cette invocation de témoins faite solennellement à la fin de la procédure *in jure* était, du reste, dans l'esprit de cette procédure primitive, toute hérissée de formalisme. La *litiscontestatio* d'alors eut

[3] Voy. Macrob. Sat. I, 16, *supra*, § 2, note 22.

[4] Macrob. l. c. Festus, v. *Nundinæ*.

[5] Voyez *supra*, § 105. Fest. v. *Res*.

[6] Festus, v. *Contestari*.

[7] Ainsi on trouve, pour les testatements, le mot *testatio*, Ulp. XX, 9; et même l'expression *suprema contestatio*, L. 20, § 8, D. qui test. fac. (28, 1). On trouve aussi *antestatio*, voy. § 108, note 13, *supra*; *detestatio*, c'est-à-dire, *denuntiatio cum testatione*, L. 40, pr. L. 238, § 1, D. de verb. signif.

[8] Voy. Keller, p. 1-11.

bien l'effet général et principal de celle du système formulaire, mais non la portée précise et étendue qu'elle eut sous ce système [9]. Ainsi elle donnait naissance à une obligation, de telle sorte que même, lorsqu'il s'agissait d'un droit réel, elle avait pour effet de produire une procédure semblable à celle des actions personnelles; lorsqu'elle était fondée sur une obligation, elle opérait une novation dont les résultats cependant n'apparaissaient pas d'une manière aussi positive que dans la suite sous le second système.

§ CX. — *Du judicium.*

Il est probable que les parties s'étaient assurées de leur comparution réciproque par un *vadimonium ;* du moins c'est ce que semble indiquer la loi des XII Tables [1], qui mentionne [2] un

[9] Keller, p. 79, et *infra*, § 119 et suiv. Voy. § 124, *infra*, ce qui est dit de la loi des XII Tables relativement à la *litigiosité.*

[1] Gell. XVI, 10.

[2] Varro, l. c. « Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat, etc., » et Macrob. Sat. I, 6 : « comperendini (dies), quibus vadimonium licet dicere, » ce qui signifie : on appelle *dies comperendini* ceux qu'on indique pour la comparution, et non ceux pendant lesquels on indique cette comparution : tel est, en effet, le sens qui résulte de l'ensemble (ed. Bip. I, p. 279). — Conf. Jacques Godefroy, l. c., et avec lui Hugo, p. 307 et suiv. — Voorda, de vadimonio, c. 2, § 1, 3, f. dans Fellenb. jur. ant. t. II, p. 10 sqq. p. 16, prétend que les *vades* n'avaient pas de rapport avec la procédure civile, attendu que tout ce qui concerne le *vadimonium* n'était qu'une formalité constituant une caution prétorienne ayant pour but de dispenser le défendeur de se soumettre à l'effet de la *vocatio in jus* (§ 112); il ajoute que spécialement ils ne concernaient pas le *judicium*, parce que, d'après Ascon. in Verrem, I, 9, on ne s'engageait pas par stipulation à aller devant le juge; que cela n'était pas nécessaire, puisqu'il pouvait juger même en l'absence du défendeur. Mais tout ce que dit là Voorde n'est vrai que pour le système formulaire. Dirksen, XII, Taf., p. 123 et suiv., p. 188 et suiv., regarde les *vades* de la loi des XII Tables comme cautionnant la comparution *in jure*, principalement à cause de Gaius, IV, 184 : mais rien ne prouve que cet ancien *vadimonium* soit le même que celui du système formulaire. Conf. F. X. Zenger über des vadimonium der Rœmer, Landshut, 1820, p. 11-19.

vades, expression antique [3], et un *subvades* [4]. Quoi qu'il en soit, cette même loi des XII Tables avait prévu des causes de prorogation de délai pour la comparution, parmi ces causes, le *morbus sonticus*; les unes concernaient le juge; d'autres les parties (*quid horum fuit unum judici arbitrove reove, eo die diffensus esto*, ou bien *dies diffisus esto* [5]). Il faut vraisemblablement ajouter à ces causes le *status dies cum hoste* [6], c'est-à-dire, la fixation d'un jour faite avec un pérégrin, et en outre des *vota* et d'autres empêchements par motif de religion ou autrement [7]. Le lieu, la procédure et la durée du *judicium* sont indiqués dans la loi des XII Tables [8] par ces expressions, qui viennent

[3] Gell. l. c. Varro, L. L. v, 7 (p. 42, ed. goth.).

[4] Les *subvades* étaient-ils les cautions du demandeur? C'est ce que pense Jacques Godefroy sur la IIe Table.

[5] Festus, v. *Reus*, cite ces paroles comme formant la seconde disposition de la deuxième table : leur contenu se trouve rapporté par Ulpien dans la L. 2, § 3, *si quis caution. in jud. sisti* (2, 11), dans laquelle il a imité formellement la loi des XII Tables dans ces mots : « *jubet diem judicii esse* DIFFISUM, d'où Cujas a conclu, Obs. XII, 18, qu'il fallait substituer *diffisus esto* à *diffensus esto*. Quant à la question de savoir si l'expression *morbus sonticus* était dans la loi des XII Tables, et quant à sa signification, voyez Aulu-Gelle, XX, 1, et Festus, v. *sonticum morbum*. Voyez aussi Festus, v. *sontica causa*, et L. 60, D. de re jud. (42, 1). — Dirksen, p. 200 et suiv.

[6] Voy. Cic. de off. I, 12, et Dirksen, p. 196-199.

[7] Dans le premier titre sur la loi des XII Tables, Gaius parle des *votis pro salute principum*, L. 233, § 1, D. de verb. sign., et de l'absence dans l'intérêt de l'État, après la *cautio jud. sisti*, dans la L. 6, D. si quis caut. (2, 11) : en outre, dans une ancienne formule de serment militaire, rapportée par Aulu-Gelle, XVI, 4, plusieurs causes sont indiquées comme dispensant de l'obligation de comparaître; parmi ces causes sont *morbus sonticus*, *status condictusve dies cum hoste*, etc. Or, comme la loi des XII Tables indique qu'il y a plusieurs causes qui dispensent de comparaître au jour indiqué d'abord (*quid horum fuit*), Godefroy a imaginé ce qu'il a rassemblé à ce sujet. Dans tous les cas, l'idée d'*absentia reipublicæ causa* est trop abstraite pour ne pas appartenir à une époque postérieure. Voyez Dirksen, p. 191-196, p. 204-208.

[8] Idsinga, cap. 8.

à la suite de *rem ubi pagunt*, *orato* : « *Ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito* [9], *quam perorant ambo præsentes*, *post meridiem præsenti stlitem addicito*, *sol occasus suprema tempestas esto*,[10]. » « S'il n'y a pas de transaction, que le juge connaisse de la cause, avant midi, au *comitium* ou au *forum*, lorsque les deux plaideurs sont présents. Après midi, que le juge fasse addiction du procès à la partie présente (qu'il lui attribue l'objet du litige), que le coucher du soleil soit le terme suprême de tout acte de procédure. » Si les débats ne pouvaient être terminés le même jour, ils étaient par conséquent interrompus [11] au coucher du soleil [12]. Les parties

[9] C'est du *judex* qu'il s'agit ici, et non pas, comme plusieurs le croient, par exemple, Dirksen, p. 184, du magistrat. Car il est question de discours contradictoires et d'une décision définitive sur le litige : *addicere*, d'après Festus, h. v. signifie *damnare*. Conf. Heffter ad Gaium, p. 9. Huschke, p. 106. (M. Ortolan, Histoire, p. 18, traduit ces passages de manière à faire penser que tout cela se référait au magistrat. Il paraît, en effet, en devoir être ainsi; car l'enchaînement de ces passages avec ce qui précède semble le démontrer. Il serait peut-être facile de concilier cette opinion avec celle de Zimmern, de la manière suivante : le texte de la loi des XII Tables supposait que le magistrat jugeait lui-même; quand c'était un juge qui devait prononcer la sentence, il fallait bien reporter au juge ce qui était dit du magistrat. E.)

[10] Toutes ces expressions se trouvent dans Aulu-Gelle, XVII, 2, jusqu'à ces mots *causam conscito*, et aussi dans Auct. ad Heren. II, 13; seulement, dans ce dernier, les manuscrits portent *causam conjicito*; et plusieurs manuscrits des deux auteurs portent *conjiciunt*. Il semble qu'on doit lire *conscito*, c'est-à-dire, *discito ab utraque parte*, Ed. Huschke, Anal. p. 106; car *causam conjicere* concerne les parties elles-mêmes (§ 38, note 21, *supra*). Conf. Dirksen, p. 174-177. — Quant aux mots *ni pagunt*, voy. Quinct. I. O. I, 6. Terent. Scaur. de orthograph. p. 2253, ed. Putsch. — Quant à *ante meridiem*, voy. Censorinus, de die natal., c. 23. D'après Plin. h. n. VII, 60 : « XII tab. *ortus* tantum et *occasus* nominantur : post aliquot annos adjectus est et *meridies* rei. » Ainsi *avant midi* indiquait autrefois le temps qui suivait le lever du soleil. Les mots *sol occasus suprema tempestas esto* sont encore rapportés, avec quelques changements, par Censor. de die nat. c. ult. Festus, v. *Supremum*. Varro, L. L. V, 3, VI, 2. Macrob. Sat. I, 3. — — Voy. Dirksen, p. 168-188.

[11] Huschke, p. 107.

[12] D'après un plébiscite de M. Plætorius, ce n'était plus le coucher du

devaient assister à la prononciation de la sentence, et ce principe fut toujours maintenu. Nous ne savons rien de plus à ce sujet que ce qui vient d'être dit et ce qui se trouve épars dans l'exposé que nous avons fait des diverses actions de la loi. Il paraît incontestable toutefois que les principes que nous voyons plus tard se développer dans la procédure formulaire, par exemple ce qui concerne les preuves, s'appliquaient déjà alors dans ce qu'ils avaient d'essentiel. Quant à cette particularité de cette disposition de la loi des XII Tables, qui veut que celui qui réclame le témoignage de quelqu'un aille devant sa porte lui en faire, à haute voix, la dénonciation trois jours de suite [13], elle semble se référer à la procédure criminelle.

DEUXIÈME SECTION. — Des actes de procédure sous le système formulaire.

TITRE PREMIER. — DES ACTES DE PROCÉDURE DEVANT LE MAGISTRAT.

§ CXI. — I. *In jus vocatio* [1].

Tout litige, sous le système formulaire encore, et même lorsqu'il s'agissait d'une simple *persecutio*, commençait par la *vocatio in jus* [2]. L'autorité du magistrat ne tarda pas toutefois à intervenir dans l'ajournement à donner au défendeur; car tout magistrat ayant l'*imperium*, comme nous l'apprend M. Varro, et certainement dès l'origine, devait avoir le droit

soleil, mais un *præco*, qui annonçait la fin des débats. Censor. de die nat. c. ult. Varro, de L. L. v, 2, où il faut lire *lex Plætoria*, et *præco* au lieu de *prætor*. Scaliger, ad Varr. l. c. Dirksen, p. 187.

[13] Festus, v. *Portum* et v. *Vagulatio*. Haubold, de ritu obvagulationis ap. Romanos, Lips. 1787, opusc. acad. Vol. I, p. 147-186. Hugo, Rg. p. 309. Dirksen, p. 208-214.

[1] Voy. *supra*, § 108, note 2. D. si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit (2, 5). In jus vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent (2, 6). — Van Hees, Diss. cit. c. 2. Dans Fellenb. jur. ant. T. I, p. 500-532. Abrecht, Diss. cit. p. 18-22. Glück, c. 2, sect. 1, § 8, dans opusc. Fasc. II, p. 307-316.

[2] Voy. § 108, note 4.

de *vocatio* par ses *viatoires*, et de *prensio* par ses licteurs [3] pour toute circonstance, par conséquent aussi pour l'exercice de la juridiction [4]. Ce pouvoir du magistrat d'intervenir pour la *vocatio in jus* [5], et d'ailleurs la pratique et l'édit du préteur firent tomber en désuétude la barbarie de la *vocatio* privée [6]. En effet, on n'était pas toujours disposé à employer la violence contre un défendeur qui refusait de suivre son adversaire et de lui donner un *vindex;* et y fût-on disposé, on n'en avait pas toujours la force. L'usage s'introduisit donc facilement de recourir, pour la *vocatio*, à l'autorité du préteur qui, dans le cas de résistance de la part du défendeur, pouvait lui infliger une *mulcta* [7], ou une peine privée [8] que le demandeur pouvait réclamer dans son intérêt, au moyen d'une action *in factum*, laquelle elle-même était introduite par une autre *vocatio* [9]. Il était défendu d'employer la contrainte manuelle contre les matrones [10]. Quand fut consommé ce changement? c'est ce qu'on ne sait pas positivement; mais il est bien certain que, du moins sous les empereurs [11], par suite de la désuétude, la violence, et, en général, le *manum injicere* avait entièrement disparu pour la *vocatio* privée, quoiqu'il y eût encore un *ducere in jus* du temps de Gaius [12]. Quant à la *vocatio* privée [13], il y en avait encore des traces sous Justinien [14].

[3] Gell. XIII, 12 et 13.

[4] A la question pourquoi « tribuni jus vocandi non habuerint? » Aulu Gelle, XIII, 12, f. répond : « quod tribuni antiquitus creati videntur non *juri dicundo*, nec causis querelisque de absentibus noscendis. »

[5] Conf. L. Conradi, Exc. I, ad Gell. N. A. T. II, p. 521-523.

[6] Idsinga, c. 6 f. c. 7.

[7] L. 2, § 1. D. si quis in jus voc. non ier. L. 1, § 3, D. de insp. (25, 4), avec L. 131, de verb. sign.

[8] Gaius, IV, 46 fin.

[9] L. 2, § 1, D. si quis in jus, etc.

[10] Val. Max. II, 1, n° 5.

[11] Voy. Horat. Sat. I, 9 fin. et Juven. Sat. X, v. 87.

[12] L. 5, § 1, D. qui satisd. (2, 8).

[13] Pour le règne de Trajan, voy. Plin. Paneg. 36; pour le règne des Antonin, voyez Gell. XIII, 13.

[14] Voy. § 144, *infra*, et pour le règne de Dioclétien, L. 3, C. h. t. (2, 2).

La *vocatio in jus*, même de l'autorité du magistrat, fut défendue dans divers cas [15], soit à cause de la magistrature que gérait le défendeur [16], soit à cause de son occupation du moment. Quant aux femmes, rien n'empêchait de les appeler *in jus* [17]. Que le domicile d'un citoyen fût un asile inviolable, ou que du moins on ne pût l'en arracher violemment, ce n'était qu'une opinion de jurisconsultes contestée même par quelques-uns [18]. Mais le descendant pour citer son ascendant, l'affranchi pour citer son patron, devaient obtenir d'abord la permission du magistrat, et ce, en vertu d'un édit du préteur qui, en cas de contravention, accordait au père ou au patron une action pénale [19]. Cette action était jugée par des récupérateurs, et la peine était de 10,000 sesterces, ou de 50 écus d'or (d'après le titre ultérieur des monnaies [20]). Le préteur, dans cet édit, ne s'était pas réservé la *causæ cognitio* relativement à cette action pénale; mais Labéon pense qu'il ne doit l'accorder que d'après les circonstances [21]. L'affranchi, lorsqu'il ne pouvait payer l'amende, était soumis à une peine corporelle [22]. Un édit prétorien, dont il sera question dans le para-

15 L. 2, 3, 4 pr. D. de in jus voc. (2, 4). Voy. van Hees, p. 508-524. Arntzen. ad L. 2, D. cit. l. c. p. 271 sqq. Glück, comm. t. 3, p. 342-348.

16 Celui qui avait le droit de *vocatio*, ou seulement de *prensio*, ne pouvait être appelé en justice pendant toute la durée de sa magistrature. Quant aux autres magistrats, par exemple les questeurs, ils étaient soumis à la *in jus vocatio* même privée, Gell. XIII, 12 et 13. Voy. aussi L. 48, D. de jud. (5, 1). L. 5, § 7, de op. nov. nunc. (39, 1). D'Arnaud, Conject. II, 10.

17 Val. Max. II, 1, n° 5. L. 22, pr. D. de in jus voc.

18 L. 18-21, de in jus voc. conf. Cic. pr. domo, c. 41 f.

19 Un *libellus*, présenté au prince ou au président, peut avoir pour résultat une *vocatio*, mais n'est pas lui-même une *vocatio*; et lorsque l'affranchi, en présentant ce *libellus*, ne laisse pas ignorer qu'il s'agit d'ajourner son patron, la *vocatio* qui en est la conséquence n'entraîne pas de peine, L. 15, D. de in jus voc. Conradi Exc. cit.

20 Gaius, IV, 46, 183, 187. L. 4, § 1, L. 12, 23, 24, D. de in jus voc. § ult. I, de pœna tem. litig. (4, 16). § 12, J. et Theoph. de act. L. 1-3, C. h. t. (2, 2). Voyez des détails, L. 4, § 2.—L. 16, D. eod. (2, 4).

21 L. 11, D. eod.

22 L. 25, D. eod.

graphe suivant, permettait au défendeur de s'affranchir de l'obligation de suivre le demandeur devant le magistrat, au moyen d'une caution, et par conséquent il n'avait plus besoin, pour cela, d'un *vindex*. Enfin un autre édit [23], déjà connu d'Ofilius [24], promettait une *annalis actio* contre celui qui avait employé la violence pour soustraire un défendeur appelé *in jus* à la nécessité de suivre son adversaire pour se rendre devant le magistrat (*vi eximere*), ou qui avait fait en sorte, par son dol, qu'il y fût soustrait par d'autres [25]. Ici la peine s'élevait au taux de la somme que le demandeur avait eu l'intention de réclamer [26].

II. *Vadimonium*, *actionis editio*, *denuntiatio*.

§ CXII. — *Du Vadimonium* [1]; *généralités.*

Dans la procédure formulaire, les parties, que nous sachions, ne se garantissaient pas réciproquement leur présence devant le juge [2]. On ne trouve même plus de vestiges, à ce sujet, de ces causes d'empêchement dont nous avons parlé

[23] D. ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat (2, 7).

[24] L. 1, § 2, eod. (2, 7).

[25] L. 1, pr. L. 3, § 2. L. 4, pr. § 2, L. 5, pr. § 1-4, L. 6, D. eod. Gaius, IV, 46; fin. § 12, J. et Th. de act.

[26] L. 5, § 1, D. eod. Theoph. l. c. voyez Glück, comm. t. 3, p. 423 et suiv.

[1] Polleti, histor. fori Rom. lib. 5, c. 1-3. Ræward, Protribun. c. 9, dans les op. T. II, p. 899-904. Meister, *Vindex et Vas*, c. 2, dans les opusc. Syll. I, p. 290-309. Van Hees, c. 3, dans Fellenb. jurispr. ant. T. I, p. 545, 549. Bav. Voorda, de vadimonio, Traj. ad Rhen. 1741, dans Fellenb. jurispr. T. II, p. 1-68. Glück, Diss. cit. c. 2, sect. 1, § 12-14, dans les opusc. Fasc. II, p. 332-362. Dupont ad Gaium, comm. IV, p. 140-144. Zenger, über d. Vad. *supra*, § 110, note 2, *supra*.

[2] (Ascon.) in Verr. I, 9 : « litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem. » Cependant quelques auteurs, entre autres Tigerstrœm, p. 35 et 39, pensent que le *vadimonium*, comme celui de la loi des XII Tables, avait encore pour objet, sous le système formulaire, la présence des parties devant le juge. Voyez *contra* Stieber, de bon. emtione, p. 39 et suiv.

au § 110 [3]; cela tient évidemment à l'inutilité de semblables garanties. Si le demandeur ne s'y présentait pas, il supportait les conséquences de sa négligence, conséquences qui ne pouvaient être préjudiciables qu'à lui seul; quant au défendeur, il encourait, en faisant défaut, les suites d'une procédure de contumace [4]. Les *cautiones judicio sistendi causa*, que l'on rencontre dans la compilation de Justinien, se réfèrent à la comparution *in jure*, et ont pour objet la procédure nécessaire pour arriver à rédiger une formule pour le juge [5]; c'est ce qui est appelé autre part *vadimonium* [6]; c'est donc une garantie donnée, par le défendeur seulement, de sa comparution *in jure*. *Vadari* signifie, en règle générale, provoquer à une caution; quelquefois ce mot signifie aussi être provoqué à cette caution [7]. *Occurrere ad vadimonium*, *vadimonium sistere*, *obire*, doivent se traduire par *se trouver au jour*

[3] Ce n'est que pour s'appuyer sur un point de comparaison, et dans ce sens uniquement, que Ulpien, dans la L. 2, § 3, D. si quis caut. (2, 11). se réfère à la loi des XII Tables. Voorda, II, 1, p. 11 et suiv.

[4] Voyez *infra*, § 136, et Zenger, p. 17.

[5] Conf. Rubr. Tit. D. 2, 6 (in *jus* vocati), avec L. 1, eod. (ut fidejussor *judicii* sistendi causa). — Tit. D. de feriis (2, 12), où il est question de *venire ad judicium*, c'est-à-dire, au préteur. — L. 1, pr. si ex noxali (2, 9), où le *judicium accipere*, par conséquent la *litiscontestatio* est regardée comme le terme jusqu'auquel s'étend le *judicio sisti* — ou L. 10, § 2, si quis caut. (2, 11). Donell. Comm. jur. civ. XXIII, 9. H. Vulteins, de judiciis, Cassel, 1654, II, 5, n° 15, 16. Voy. aussi Keller, p. 65.

[6] Conf. D. qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur (2, 8), avec Gaius IV, 185, et Cic. pro Quint. c. 8, 9, où le *vadimonium* est aussi exprimé par *sisti promittere*. Pour le *deserere vadimonium*, on trouve dans la L. 4, § 4, D. *si quis caut. promissio deserta judicii sistendi c. facta*; voy. aussi L. ult. D. qui satisd. etc. Pollet. V, 1, Voorda, II, 3.

[7] Priscian. lib. 8, p. 792 ed. Putsch. — On trouve *vadari* dans un sens actif, dans Cic. pro Quinct. c. 6. Aeron. ad Hor. Sat. I, I, v. 11. Plaut. Curcul. A. 1, sc. 3, v. 5, Persa A. 2, sc. 4, v. 18, Aulul. A. 2, sc. 4, v. 40, — et dans un sens passif, dans Fulgentius, de sermone prisco, § 61, p. 806, ed Goth. Plaut. Bacchid, A. 2, sc. 2, v. 3. Symmach. ep. 1, 31.

fixé; vadimonium deserere, par *ne pas s'y trouver* [8]; *vadimonium promittere*, par *promettre de s'y trouver* [9]. Ce genre de caution ne vient pas de la loi des XII Tables; elle est d'origine prétorienne, et, dans tous les cas, tout ce qui la concerne figure dans l'édit [10]. Ce n'est qu'à l'édit prétorien que l'on doit rattacher cette circonstance que celui qui est appelé pour se rendre devant le préteur peut s'affranchir de l'obligation de suivre son adversaire sans lui donner un *vindex*; il suffisait pour cela d'un *fidejussor judicio sistendi causa datus*, ainsi appelé dans le Digeste [11]. Ce fidéjusseur, en cela semblable au *vindex*, devait être *pro qualitate rei locuples* [12]; et, lorsqu'il s'engageait pour des *necessariæ personæ*, on exigeait qu'il fût seulement *qualiscumque*, tel quel [13]. Le refus de la part du demandeur d'accepter un tel fidéjusseur [14] le soumettait à une peine de cinquante écus d'or; de même si, refusant d'accepter un *evidentissime locupletem fidejussorem* pour tout autre cas, il s'opiniâtrait à conduire *in jus* le défendeur, il était exposé à l'action d'injure, action que pouvait lui intenter même le fidéjusseur refusé [15]. C'est d'un semblable *vadimonium* que parle déjà Cicéron [16]; et s'il arrive à Gaius d'écrire ces mots : *in jus vocatus neque venerit*, NEQUE VINDICEM DEDERIT, cela tient sans doute à ce que, voulant abréger, il a évité de dire: *neque fidejussorem* ou *sponsorem* [17],

[8] Brisson. v. *Vadimonium*. Ernesti clav. Ciceron. v. *Vadimonium*— Voorda, cap. 1. Glück, l. c. § 12. Zenger, § 2.

[9] Voy. aussi Cic. pro Tull. c. 20 f. ed. H.

[10] Zenger, p. 11 et p. 19 et suiv.

[11] L. 1, avec Rubr. D. in jus vocati, etc. (2, 6).

[12] Voy. L. 2, pr. L. 7, pr. D. qui satisd. (2, 8).

[13] L. 1, D. cit. L. 3, eod. L. 2, § 4, D. qui satisd. L'édit qui nomme ces personnes est dans la L. 2, § 2 et § 3, D. eod.

[14] L. 2, D. in jus vocati (2, 6).

[15] L. 5, § 1, qui satisd. (2, 8).

[16] Cic. pro Tullio, l. c. c. 16, ed. Cramer. conf. Cramer, ib. p. 87. Cic, pro Qu. c. 5 f. c. 6.

[17] On nommait, en effet, *sponsores* ceux qu'autrefois on appelait *vades*, Acron. l. c. Corn. Nepos. Attic. c. 9. Gaius, IV, 46, n'avait pas,

et a employé une ancienne locution : il ne peut en être autrement, car le *vindex* était un véritable représentant, qui se rendait le procès personnel, et qui pouvait lui-même être soumis au *vadimonium*. Il faut bien se garder de confondre avec ce *vadimonium* extrajudiciaire, donné par le défendeur pour échapper à la *vocatio in jus*, un autre *vadimonium* qui avait lieu *in jure*, dans le système formulaire, et même sous le système plus ancien [18], lorsque les parties, ayant comparu devant le magistrat, et l'affaire n'ayant pu être terminée le même jour, avaient besoin de s'y représenter : le défendeur, dans ce cas, devait promettre dans une stipulation d'y comparaître de nouveau à un jour déterminé [19]. Il ne faut pas croire que cette promesse était faite entre les parties parce qu'elles n'avaient pu commencer leur procès, le préteur étant trop occupé d'autres affaires ; car c'était devant lui que les formalités du *vadimonium* devaient être accomplies. Voici comme les choses se passaient : lorsque les parties arrivaient devant le préteur par suite de la *vocatio in jus*, le demandeur

d'après l'ensemble du paragraphe, à traiter du *vindex*, mais des actions *in factum*.

[18] Le *Vadimonium* extrajudiciaire, relatif à la *vocatio in jus*, est le seul que reconnaissent Polletus et Voorda (c. 2) : ce qui est déjà formellement contredit par les anciennes sources. En effet, il est question d'un *vadari in jure* dans Cicéron [pro Qu. l. c. liv. XXIII, 32, Plaut. Aul. A. 2, sc. 4, v. 38 sqq. et dans Aulu-Gelle, VII, 1 fin. — Au contraire, Rævard, van Hees et Glück n'admettent que le *vadimonium* judiciaire. Mais il faut bien admettre l'un et l'autre, à cause du Tit. D. in jus voc. (2, 6), et de Cic. pro Qu. c. 5, 6. Voy. Zenger, p. 19 et suiv.

[19] Dans Gaius, IV, 184, on lit, d'après la correction de Savigny : « ni eo die *finiverit* negotium », c'est-à-dire « si le défendeur ne termine pas le tout le même jour ; » ou plutôt il faut lire, avec un sens neutre : « finis venerit negotio. » Gœschen et Heffter rejettent cette dernière leçon ; mais Zenger la défend, p. 26. Nous préférons la première, parce que c'est au défendeur qu'il appartient ou de *accipere judicium* immédiatement, ou de demander un délai (v. § 113). Aussi la partie de Virginie donna-t-elle des *sponsores* pour obtenir le délai qu'elle demandait jusqu'au jour suivant, liv. III, 46. Il est bien clair, du reste, que Tite-Live, en s'exprimant ainsi, était préoccupé du droit de son époque.

devait faire connaître la nature et l'objet de son action, *actionem edere* (§ 113, *infra*), afin que le défendeur pût savoir s'il devait accéder à la prétention du demandeur et empêcher le procès, ou se soumettre au *vadimonium* [20]. Avant d'arriver devant le magistrat, le demandeur n'avait pas encore fait connaître le but de sa poursuite, et le défendeur, par conséquent, n'avait pas été obligé de prendre une détermination à ce sujet [21]; celui-ci était donc encore autorisé, après qu'on l'avait amené devant le préteur, à demander un délai pour réfléchir (v. § 113), moyennant garantie. Cette garantie devait être proportionnée à la valeur de la chose réclamée (*quantæ pecuniæ nomine fieri debeat vadimonium* [22]), et la garantie elle-même différait suivant les cas prévus par l'édit. En effet ces *vadimonia* ne consistaient pas toujours en cautions, ainsi que l'indique l'étymologie de ce mot, et comme cela se pratiquait anciennement même devant le magistrat dès le principe, et extrajudiciairement lors de la *vocatio in jus*; car il y avait aussi des *vadimonia pura*, c'est-à-dire, *sine satisdatione* [23]. On avait besoin des lumières des jurisconsultes pour la rédaction de ces *vadimonia*, hérissés de difficultés [24], dans lesquels du reste on précisait l'action qui devait être ensuite l'objet de la *litiscontestatio*.

§ CXIII. — *Actionis editio* [1].

La *vocatio in jus* était le premier acte de la procédure; mais elle n'avait pas lieu devant le magistrat; c'était l'*actionis editio* qui commençait devant lui le procès; par cet acte le litige était

[20] L. 1, pr. D. de edendo (2, 13), conf. avec note 19.

[21] Plaut, Persa A. 4, sc. 9, v. 8 sq. avec Curcul. A. 5, sc. 3. Terent. Adelph. A. 2, sc. 1, v. 40 sqq.

[22] Gaius, III, 224, et IV, 186.

[23] Gaius, IV, 185. Tit. D. 2, 8.

[24] Cic. ad Qu. fratr. II, 14 avec 114.

[1] Van Hees, c. 3, § 39 sq. Dans Fellenb. t. 1, p. 535-543. Noodt, Tit. D. de edendo, qu'a copié, en changeant seulement l'ordre des idées, Greg. Majansius dans Disput. juris, t. II, n° 49, p. 210-218. Harscher, v. Almendingen, dans le Magaz. de Grolmann, part. 1, p. 293-299.

offert au défendeur, qui pouvait immédiatement accepter la lutte ou demander un délai pour l'accepter [2]. Le demandeur pouvait annoncer sa prétention à son adversaire, soit lors de la *vocatio in jus*, soit d'une autre manière; il pouvait lui indiquer extrajudiciairement le genre de sa prétention ou la forme sous laquelle il voulait l'attaquer, ce qui s'appelle *denuntiatio* dans le Digeste [3]; mais l'*actionis editio* était l'acte judiciaire par lequel le défendeur se trouvait, en même temps que le magistrat, averti de la *postulatio* que se proposait le demandeur. Cet *edere* n'é-

[2] Voy. *supra*, § 112, *in fine*. Il allait de soi que le demandeur, *in jure*, devait commencer par faire connaître à son adversaire sa prétention : aussi n'en était-il question, dans l'édit du préteur, que sous le rapport de l'*editio instrumentorum* (v. *infra*, § 134) de la part du demandeur, et du *vadimonium* de la part du défendeur. Plusieurs auteurs, ne faisant pas attention à ce rapport qu'il y avait entre le *vadimonium* et l'*actionis editio*, ou croyant que le *vadimonium* avait lieu avant que les parties ne vinssent devant le préteur, ont soutenu que l'*actionis editio* précédait la *vocatio in jus*, ou du moins en faisait partie; ils se fondaient sur ce que, quoique le titre *de edendo* se trouvât dans le Digeste après celui qui traite de l'*in jus vocare*, cependant, dans le Code (2, 1), il se trouve avant ce dernier, et qu'il en est de même dans l'édit prétorien; sur ce que enfin, dans les écrits de Paul et d'Ulpien, il est question d'abord de l'*editio*. Conf. Cujas, Obs. x, 10 (il n'en est pas sûr cependant dans Paratill. in Cod. 2, 1). Voorda, l. c. II, 4. D'Arnaud, Conj. II, 9. Arntzen. cap. 1. Miscell. p. 251 sqq. Almendingen, p. 297 et suiv. not. Mais voyez *contra*, Janns a Costa, ad § 3, J. de pœn. tem. litig. v. Hees, l. c. Noodt, l. c. init. Glück, l. c. § 9, init. Il est vrai que souvent il arrivait que le demandeur fît connaître à son adversaire, dès qu'il voulait l'appeler *in jus*, la nature et l'objet de l'action qu'il se proposait de diriger contre lui (Terent. Adelph. A. 2, sc. 1, v. 40) (*litem denuntiare*); il y avait même là un avantage pour le demandeur, en ce qu'il pouvait se faire qu'alors le défendeur, ainsi informé d'avance, se dispensât de demander un délai pour répondre, lorsqu'il se présentait devant le magistrat par suite de la *vocatio in jus*. Ainsi peut s'expliquer l'édit. Mais toujours est-il que cette *denuntiatio litis* était purement facultative, tandis que l'*editio* était de rigueur (voy. § 112, note 21); car la manière dont l'*editio* devait avoir lieu prouve qu'elle se faisait *in jure*. (Voy. à ce sujet les explications données par M. Bonjean, l. c. p. 455. E.)

[3] L. 7, D. de inoff. test. (5, 2). L. 20, § 11, de her. pet. (5, 3).

tait soumis à aucune forme ; il pouvait, du moins à toutes les périodes du système formulaire, se produire oralement ou par écrit (*libellus*) ; car Labéon pensait qu'il suffisait de s'en référer à une formule indiquée dans l'*Album* (*dictare*)[4]. *Dictare*, en effet, ne signifie pas que le demandeur dictait mot à mot[5] ; et la *libelli datio*, dont il est question dans le Digeste[6], n'est pas un écrit formulant la demande, puisqu'il fallait toujours ensuite demander la formule, et la demander oralement (voy. § 118, *infra*). Le choix de l'action appartenait au demandeur[7] ; et, pour la demander, il n'était pas lié par l'*actionis editio* ; il pouvait varier, non-seulement lors de la *postulatio actionis*, mais encore tant qu'il n'y avait pas *res in judicium deducta ; car edita actio speciem* FUTURÆ *litis demonstrat*[8]. Mais lorsque le demandeur proposait une autre action, le défendeur pouvait obtenir un nouveau délai, et les frais, qui étaient la conséquence de cette variation, étaient à la charge du demandeur[9]. Si l'action était inadmissible en elle-même, ou par la manière dont elle était présentée par le demandeur, le préteur la refusait[10]. Il pouvait la refuser déjà lors de l'*actionis editio*, ou plus tard ; et pour cela il n'avait pas besoin de rendre un décret, il suffisait qu'il ne prêtât pas l'oreille à la demande[11]. Ainsi, dans les actions de la loi, une expression inexacte employée par le demandeur entraînait pour lui un *causa cadere ;* tandis que, dans le système formulaire, le préteur faisait remarquer au demandeur les fautes de diction qu'il pouvait com-

[4] L. 1, § 1, de edendo, et *ibid.* Dirksen, Beytræge, p. 315 et suiv.

[5] Ἐπιδεῖξαι τὴν ἀγωγὴν est l'expression des Basiliques. Conf. Brisson. v. *Dictare*, nos 1 et 3, et L. 1, § 4 f. D. quod leg. (43, 3).

[6] L. 1, § 1, cit. L. 7, D. cit.

[7] Cic. pro Cæc. c. 3 ; voy. notes 13 et 14.

[8] L. 3, C. h. t. (2, 1). — § 35, J. de act. L. 4, § 3, D. de nox. act. (9, 4), conf. avec § 120, note 12, et § 146, note 9, *infra*. Noodt, Tit. de edendo fin. — H. Bayer, über die Ænderung des Klaglibells, Landshut, 1819, p. 31 et suiv.

[9] L. 79, pr. de jud. (5, 1).

[10] L. 27, pr. D. de verb. obl. Officio *prætoris* continetur ex hujus modi obligationibus actionem denegari.

[11] Mittermaier, Archiv. f. civ. Prax. t. 5, cah. 3, p. 356-358.

mettre [12] : ces fautes pouvaient d'autant moins produire des conséquences fâcheuses, que le tout devait dépendre de la rédaction de la formule, et que c'était le magistrat qui la rédigeait. Parmi plusieurs formules et manières d'actionner également permises, le demandeur avait le droit de choisir; il pouvait même en demander éventuellement plusieurs à la fois [13], et sous ce rapport l'action était à ses risques et périls : s'il s'était trompé, il encourait le *causa cadere*, c'est-à-dire que le juge pouvait refuser de lui donner gain de cause [14]. Une action, une fois accordée par le magistrat, pouvait donc, si elle n'était pas conforme au droit du demandeur, lui causer un préjudice sans remède; mais une *editio* impropre ne pouvait pas, à elle seule, avoir les mêmes suites [15]. Quant au défendeur, il ne faisait pas d'*editio* de son exception [16]; quand il avait rempli les formalités du *vadimonium*, il réservait ses moyens jusqu'à

[12] L. 3, C. cit. L. un. C. ut quæ desunt. (2, 11).

[13] L. 1, § 4, D. quod leg. (43, 3), — quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quæ potius actio teneat. Nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Conf. § 11, *supra*.

[14] Cic. de inv. II, 19 : « — Ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quinct. I, O. III, 6, n° 69. Quinct. Declam. 350. Voy. *supra*, § 49, note 6.

[15] La Consult. c. 4, se réfère à un rescrit de Dioclétien (dans Schulting, tit. 5, C. 2, Cod. Herm.), où on lit : « Quotiescunque ordinatis actionibus aliquid petitur, ideo petitor cogitur specialiter genus litis edere, ne plus debito aut eo, quod competit, postuletur. Sive itaque fideicommissum, sive fundus, etc. — petatur, specialiter designari debet petitionis summa vel quantitas, cum genus litis editur; car la plus pétition entraînerait la perte du procès. » Par *ordinatis actionibus*, il ne faut pas entendre, comme les commentateurs, une *formula data in judicio ordinario*, puisqu'il est question, dans ce passage, d'une *fideicommissi petitio : edere* est employé ici comme synonyme de *postulare*; il signifie la demande formée par la partie poursuivante après la *vocatio in jus* et l'*editio* ou après la *denuntiatio*. Le *causa cadere* n'est donc pas la conséquence d'une *editio* erronée, mais de la *postulatio* elle-même; et il ne s'agit plus ici de l'*ordo judiciorum*.

[16] Il n'est question nulle part de l'*editio exceptionis*, et ces mots de la L. 8, § 1, de verb. signif. : « *actionis verbo non continetur exceptio*, » sont tirés du Lib. 3, ad Edict. de Paul, où il traite *de edendo*.

la comparution nouvelle devant le magistrat : c'est alors qu'il y avait *agere* réciproque et que se fixait le *judicium*.

§ CXIV. — *Du vadimonium.*

Le *vadimonium*, qui avait lieu sous l'autorité du magistrat [1], après l'*actionis editio*, devait, comme le *vadimonium* extrajudiciaire, fixer le jour [2], et, quand le lieu n'était pas déterminé par la force même des choses, le lieu où les parties devaient se présenter de nouveau pour arriver à la rédaction d'une formule. Par exemple, il fallait bien indiquer le magistrat local qui devait donner la formule, quand c'était à lui qu'il appartenait de la donner; ou le magistrat de Rome, si, se trouvant dans une province, le défendeur avait le droit d'être jugé à Rome [3]; ou il pouvait se faire que, le magistrat sous l'autorité duquel avait lieu le *vadimonium* étant reconnu incompétent pour s'occuper de l'affaire, le défendeur s'obligeât à comparaître devant le magistrat compétent [4]; et enfin si celui qui ayant le *jus revocandi domum* voulait l'invoquer, il fallait aussi qu'il se soumît au *vadimonium* [5]. Quant au jour de la comparution, il devait dépendre des distances [6]. Au reste, il pouvait être fixé de gré à gré, sinon il l'était par le demandeur; toutefois le préteur pouvait interposer son autorité pour qu'il ne fût pas trop court [7]. Il était permis aux parties de proroger le délai du *vadi-*

[1] L. Gall. Cisalp. c. 21 f. — Un passage de Plaute (Aulul. A. 2, sc. 4, v. 38-40) a fait croire que l'on devait d'abord obtenir la *venia vadandi.* Mais la larmoyante prière « *ut sibi liceret Milvium vadarier* » peut fort bien n'avoir eu pour but que d'obtenir du préteur la permission de procéder, sans remise, au *vadimonium* qui aurait pu avoir lieu plus tard.

[2] Gaius, IV, 184. Acron. ad Hor. Sat. I, 1. Cic. pro Qu. c. 7. Gell. VII, 1 f. — Val. Max. III, 7, n° 1 : Vadimonia in posterum diem facere jussit. Arg. L. 115, pr. D. de verb. obl. (45, 1). Voorda, c. 3, § 4.

[3] Gell. l. c. Cic. pro Tull. c. 16, ed. Cr. c. 20, ed. H. Cic. pro Qu. c. 5. Epit. Liv. 86 : « Vadimonio Romam differri jussit. »

[4] Arg. Cic. Verr. III, 15.

[5] L. 2, § 6, D. de jud. (5, 1).

[6] L. 1, D. si quis caut. (2, 11).

[7] L. 8, pr. D. qui satisd. (2, 8). *Ibid.* Cujas, Obs. XXII, 26, et Glück, opusc. p. 349, note 2.

monium judiciaire (*differre vadimonium*) sous l'autorité du magistrat [8], et quelquefois le magistrat le prorogeait d'office [9].

L'édit du préteur précisait les cas dans lesquels le *vadimonium* pouvait être *purum*, c'est-à-dire *sine satisdatione* : ceux où la *satisdatio* était exigée (§ 112); ceux où le défendeur confirmait sa promesse par un serment (*jurejurando*); et enfin les cas où, au moment même de la promesse, des récupérateurs étaient nommés pour condamner le défendeur à la somme du *vadimonium* s'il ne se présentait pas au jour indiqué : « *qui non steterit is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnatur* [10]. » Mais nous n'avons aucun détail à donner à ce sujet. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la question de savoir si le *vadimonium* devait être *cum satisdatione* dépendait probablement des règles établies au sujet des autres *satisdationes* [11]. Les possesseurs d'immeubles (l'édit le disait positivement) étaient dispensés de la *satisdatio* [12], et par conséquent n'étaient astreints qu'à un *vadimonium purum* [13]. Mais il y aurait toujours à examiner jusqu'à quel point les textes sur lesquels nous basons cette donnée peuvent se rattacher à notre matière [14]. Quant à ceux qui avaient le *jus revocandi domum*, il est certain qu'ils ne devaient faire qu'un *vadimonium purum* [15]. Au surplus, celui auquel la *satisdatio* n'était pas imposée (par l'édit) pouvait en fournir une (*voluntaria satisdatio*); mais le fidéjusseur, lorsqu'il était poursuivi, pouvait opposer une exception fondée sur ce que le principal obligé s'était cru par

[8] Cic. pro Qu. c. 6, ad Att. II, ep. 7, ad div. II, ep. 8.

[9] Epit. Liv. l. c. L. 26, § 4, 7, D. ex quib. caus. maj. (4, 6).

[10] Gaius, IV, 185.

[11] Dans le Tit. D. 2, 8, nous trouvons en effet des passages qui ne se réfèrent pas à la *cautio judicio sisti*, mais à la caution *judicatum solvi*, à celle du tuteur, etc. Ainsi voy. L. 8, § 2 sqq. V. Schulting, ad Paul. I, 11, § 1.

[12] L. 15, pr. qui satisd. (2, 8).

[13] Ne devaient-ils pas donner une caution juratoire? C'est ce qui est très-controversé. Voy. Glück, Comm. t. 3, p. 460 et suiv. note 28.

[14] Car, d'après sa suscription, la L. 15 est relative à la caution des appels. Voorda, c. 3, § 8.

[15] L. 2, § 6, de jud. (5, 1).

erreur obligé de fournir une caution; de même que si, par erreur, il avait été promis une somme supérieure à celle que comportait le *vadimonium*, on pouvait opposer une exception, fondée sur cette circonstance, à la demande de la somme promise [16]. Ce n'était que lorsqu'il s'agissait d'une *satisdatio necessaria* que le défendeur, en affirmant par serment (*de calumnia*) qu'il ne pouvait fournir la caution dans le lieu où il se trouvait, mais qu'il le pouvait dans une autre localité, contraignait le demandeur à se contenter provisoirement de ce serment [17]. Peut-être la caution juratoire [18] n'avait-elle lieu que lorsque le demandeur le voulait bien [19]. Des *arbitri* pouvaient être nommés pour apprécier la solvabilité des fidéjusseurs [20]. On pouvait se soumettre à un *judicium recuperatorium* au sujet du *vadimonium cum satisdatione*, ou de la caution purement juratoire [21]. Lorsque le défendeur d'une action noxale avait le désir de soutenir le procès, et que par conséquent il était obligé de promettre le *vadimonium*, il pouvait insérer dans la stipulation faite à ce sujet qu'il aurait le droit de représenter l'esclave; mais alors, conformément à l'édit, il devait promettre que la position du demandeur à l'égard de l'esclave ne serait pas empirée dans l'intervalle qui s'écoulerait jusqu'à la *litiscontestatio* : « *in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec judicium accipiaur* [22]. » Les mêmes personnes qu'on ne pouvait appeler *in jus* sans la permission du préteur ne pouvaient pas non plus être contraintes au *vadimonium* sans cette permission [23].

[16] L. 4, § 5, D. si quis caut. (2, 11).

[17] L. 7, § 1, L. 8, § 5, D. qui satisd. cog. (2, 8).

[18] Voy. aussi L. ult. D. eod. (2, 8).

[19] Voorda, l. c. § 8, fin. (M. Bonjean pense qu'il en était ainsi quand le défendeur justifiait être dans l'impossibilité de fournir un fidéjusseur. Voy. l. c. p. 457, note 3. E.)

[20] L. 9, L. 10, pr. § 1, D. qui satisd. (2, 8).

[21] Zenger, p. 34 et suiv.

[22] Tit. D. si ex noxali, etc. (2, 9).

[23] Gaius, IV, 187.

§ CXV. — *Effets du vadimonium* [1].

Si les deux parties se trouvaient au jour fixé par elles, soit *in jure*, soit par une convention privée [2], le but du *vadimonium* était atteint, et elles procédaient alors ainsi qu'il sera décrit plus loin au § 118. A ce jour, il est probable que, lorsque leur tour venait, le préteur, comme dans toute affaire qui devait se traiter devant lui à jour fixe, faisait appeler leur cause (*citare*) [3]. Si à l'appel de la cause le demandeur faisait défaut, il paraît que, au moins quand son adversaire était présent, il était déchu de son droit [4]; il y avait pour lui un *causa cadere*. Toutefois il pouvait facilement se faire restituer contre cette déchéance; mais si c'était le défendeur qui ne comparaissait pas, le demandeur prenait ses avantages résultant du *vadimonium deserere* [5]. Il pouvait par conséquent agir *ex stipulatu*, soit contre son adversaire [6], soit contre les cautions, en paiement de la peine stipulée dans le *vadimonium*. Cette action tendait; soit à une *certa quantitas*, soit à *quanti ea res erit* [7]. Elle tendait à une *certa quantitas* surtout lorsque le défendeur s'était

[1] Vulteius, de judiciis, II, 6. Van Hees, p. 549-562. Voorda, c. 4. Zenger, p. 60-90.

[2] *Sistere se*, ou *sistere*, *obire vadimonium*, dans Cic. pro Qu. c. 5 f. c. 6. Plusieurs auteurs ont cru trouver toute cette procédure dans Plaute, Curc. A. 1, sc. 3, v. 5 sqq.

[3] L. 7, pr. D. de in int. rest. (4, 1). L. 23, pr. D. de jud. (5, 1). — Brisson. v. *citare*, de formul. v, 191. — Duaren. Disput. I, 7, op. p. 1031, ed. Francof. 1607. Ræward, Protrib. c. 2.

[4] Hor. Sat. II, 9, p. 34 sqq. Suet. Calig. c. 39, et l'analogie du droit postérieur, § 143, *infra*. Toutefois ici les opinions sont très-partagées. Conf. Pollet. v, 3. Ræward, Protrib. c. 9. Sigon. de judic. I, 21. Salmas. de modo usurar. c. 16. Van Hees, § 49, p. 557 sqq. Voorda, IV, 2. Glück, opusc. p. 367, note 69. Zenger, p. 61-69.

[5] L. 10, § 1, D. si quis caut. (2, 11). Cic. pro Qu. c. 6.

[6] Senec. de benef. IV, 39, fin.

[7] L. 2, § 5, D. qui satisd. cog. L. 12, § 1, L. 14, D. si quis caut. Gaius, III, 224; IV, 186.

soumis à un *recuperatorium judicium*.[8] Si le *vadimonium* avait eu lieu pour une action *judicati* ou *depensi*, la somme réclamée en vertu de ce *vadimonium* devait égaler celle de l'action elle-même; lorsqu'il était relatif à toute autre action, le demandeur devait d'abord affirmer par serment que son estimation ne dépassait pas le dommage qu'il éprouvait, et ensuite il devait apprécier ce dommage de manière cependant à ne pas dépasser un certain taux[9], à moins qu'il n'en fût convenu autrement entre les parties et sans erreur[10]. Si, dans le *vadimonium*, le défendeur avait promis un *incertum*, le demandeur devait prouver l'intérêt qu'il avait à ce que le défendeur eût comparu devant le préteur, et au moment même fixé pour cette comparution (*quo sisti debuit*)[11]. Ainsi l'action donnée *quanti ea res erit* contre le fidéjusseur tendait à la réparation de tout le dommage causé (*veritas*, *vera quantitas*), à la différence du cas où elle tendait à une *certa quantitas*; or la valeur de ce dommage causé pouvait dépasser la somme due principalement, de même qu'elle pouvait être inférieure à cette somme, et même se réduire à rien, lorsque le demandeur était *calumniator* par exemple[12]. En général, l'action *ex stipulatu* résultant du *vadimonium* tombait d'elle-même si la prétention au sujet de laquelle le *vadimonium* avait eu lieu ne pouvait rien produire, et si elle avait perdu toute son efficacité depuis que la condition qui suspendait l'existence de l'obligation résultant du *vadimonium* s'était accomplie; ou, si elle avait obtenu son résultat, l'action *ex stipulatu* pouvait être

[8] Gaius, IV, 185, avec III, 224.

[9] Quel était ce taux? D'après Gaius, IV, 186, il paraît que le taux de 100,000 sesterces ne pouvait pas être dépassé, et qu'il n'était que de 50,000 sesterces, lorsque l'objet du litige n'était pas supérieur à 100,000 sesterces.

[10] L. 4, § 5, D. si quis caut.

[11] L. 12, 14, D. cit.

[12] L. 2, § 5, L. 3, D. qui satisd. L. ult. D. si quis in jus voc. (2, 5). Conf. avec L. 5, § 1, D. ne quis eum (2, 7), où on lit : « Non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. »

repoussée par une exception ; et enfin si le demandeur, par suite de l'action *ex stipulatu*, avait atteint tout son but, il n'avait plus le droit d'intenter l'action principale [13].

§ CXVI. — *Continuation. — Missio. — Excuses.*

Outre le droit accordé au demandeur d'agir *ex stipulatu* contre le défendeur qui désertait le *vadimonium*, il pouvait encore, en vertu d'un édit du préteur, obtenir l'envoi en possession des biens de ce dernier [1]. Nous avons parlé plus haut de toutes les conséquences fâcheuses d'un tel envoi en possession. Il fallait que toutes les formalités imposées par l'édit pour cet envoi en possession eussent été remplies par le demandeur ; car son adversaire était autorisé à prouver l'inobservation de ces formalités et à rentrer dans le rôle de possesseur [2]. Or c'était *per sponsionem* qu'il procédait pour y parvenir [3]. L'envoi en possession était aussi accordé contre celui qui trouvait le moyen d'échapper à la *vocatio in jus* [4], ou qui refusait de faire le *vadimonium* [5] ; en un mot, contre quiconque faisait en sorte qu'on ne pût engager un procès avec lui. Une fois le procès engagé, il n'était pas besoin de l'envoi en possession ; car le demandeur qui avait pu obtenir la *litiscontestatio* pouvait dès lors faire prononcer contre son adversaire une sentence définitive, nonobstant son absence [6]. — Au reste, le préteur publia

[13] L. 2, pr. L. 5, § 1, 3, L. 8, L. 10, pr. § 2, D. si quis caut. Vutteius, de jud. II, 6, n° 20 sqq. Zenger, p. 70 et suiv.

[1] Voy. § 77, *supra*. Cette conséquence était encourue aussi par le défendeur pour un *vadimonium purum*, Stieber, de bon. emtione, p. 40.

[2] De là vient, dans Cicéron pro Quint. c. 2, que la partie dépouillée de sa possession est désormais obligée de jouer le rôle de demandeur.

[3] Cic. pro Quint. c. 8, 9, 27.

[4] L. 19, D. de in jus voc. (2, 4).

[5] L. Gall. Cisalp. c. 21, l. 11 ; c. 22, l. 37.

[6] Quelques anciens jurisconsultes, comme Vulteius, de judiciis, p. 358 sq., pensent que, dans ce cas, il y avait lieu à la procédure des trois édits ; Schweppe, Rg. § 556, *in fine*, accorde au demandeur le choix entre l'envoi en possession et l'obtention d'une sentence ; et Zenger, § 78 et suiv., cherche à défendre cette opinion, et prétend que l'on finit par ne plus recourir à l'envoi en possession. Mais voy. *infra*, § 136.

un édit contre celui qui, par son dol, empêcherait le *vadimonium*, comme il en avait publié un contre celui qui, par violence, empêcherait les effets de la *vocatio in jus* (§ 111) [7]. L'action donnée en vertu de cet édit était annale [8], et elle tendait à faire indemniser le demandeur [9], non pas de toute la valeur de son action principale, si le défaut du défendeur n'avait pas eu pour effet de l'éteindre [10], mais au moins de tous les frais occasionnés par ce défaut; elle pouvait aussi être accordée au défendeur lui-même contre toute autre personne que le demandeur, qui l'aurait empêché de se présenter devant le magistrat au jour fixé [11].

Plusieurs excuses pouvaient être invoquées par le défendeur, et par conséquent l'autoriser à opposer une exception à l'action du demandeur. Il paraît que les causes d'excuses n'étaient pas indiquées, du moins en détail, dans l'édit, et qu'elles étaient abandonnées à la doctrine [12] qui, sans doute à cause de l'analogie, admettait toutes celles que la loi des XII Tables avait admises relativement à la non-comparution devant le juge [13].

§ CXVII. — *Sort des vadimonia* [1], — *des denuntiationes.*

Un acte qui aurait conduit immédiatement à la *litiscontestatio*, sans *vocatio in jus* et sans *vadimonium*, aurait été pour chacune des parties d'une grande utilité. Il dépendait bien d'elles d'arriver à ce résultat en se présentant volontairement devant le magistrat à un jour déterminé; en effet, une *vocatio in jus* était inutile à l'égard d'un défendeur qui venait de lui-même devant le préteur; et un délai pour la *litiscontestatio* n'était pas

[7] D. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2, 10).

[8] L. 1, § 6, eod.

[9] L. 3, pr. § 1, eod. L. 3, D. si quis caut. (2, 11).

[10] L. 3, pr. § 1, cit. Zenger, p. 88 et suiv.

[11] L. 1, § 3, L. 3, § 2, D. eod.

[12] Tit. D. si quis caut. Senec. de benef. IV, 39 f. : « — vis major excusat. » — Voorda, IV, 6.

[13] L. 2, § 3, D. eod. Voy. § 112, note 3, *supra*.

[1] Voorda, cap. 5. Glück, § 15. Zenger, p. 90-94.

nécessaire à celui qui, étant déjà suffisamment averti de l'action qu'on voulait lui intenter, avait eu tout loisir pour réfléchir à ses moyens. Des citations privées et des conventions tendant à comparaître devant le magistrat sans *vocatio in jus* et sans *vadimonium* (*denuntiationes*) [2] étaient donc possibles [3]. Mais ce mode de procéder était-il obligatoire? Sans doute le demandeur devait trouver beaucoup plus commode que le défendeur fût obligé, après qu'il lui avait fait connaître le but de sa prétention et l'expiration d'un délai, de comparaître devant le préteur sans *vadimonium* préalable, pour y engager la *litiscontestatio*, et l'intérêt bien entendu du défendeur lui-même réclamait ce résultat; tel est le sens du décret de Marc-Aurèle [4] : mais cet

[2] Les *denuntiationes*, appelées autrefois *condictiones*, étaient des avertissements, des sommations, des citations. On s'en servait dans diverses circonstances : ainsi dans l'action *sacramenti*, dans la *judicis postulatio* et dans la *condictio* (§ 42, 43, *supra*). Elles étaient employées pour la comparution devant le juge (§ 112, note 2, *supra*), au moment de la *vocatio in jus* (§ 113, note 3, *supra*), et dans d'autres cas où il ne s'agissait pas d'engager un procès; telle est la *litisdenuntiatio* au moment d'une éviction tentée, telle est la *denuntiatio ex Scto Claudiano*, etc. — Brisson. v. *Denuntiatio*. — Cujas, Obs. VII, 15. J. Godefroy, lu Cod. Th. t. 1, p. 112. Glück, l. c. p. 355 sqq. Mühlenbruch, Cession, 2e édit. p. 65.

[3] Elles servaient déjà comme préparation du procès, L. 7, D. de inoff. test. (5, 2).

[4] Victor, de Cæsar. Vie de Marc-Aurèle, c. 16, dit : « Legum ambigua mire distincta, vadimoniorum solemni remoti (*remoto*, v. Gruter, ib. et Goth. l. c.) denuntiandæque litis, operiendæque (lis. *aperiendæque* avec Zenger, p. 93), ad diem commode jus introductum. » Plusieurs auteurs, parmi lesquels Godefroy, ont conclu de là que Marc-Aurèle avait introduit les *denuntiationes* : mais la L. 7, D. cit. se réfère à *Pius*, et la L. 20, § 11, de her. pet. est relative au règne d'Adrien, v. Voorda, § 4. — D'autres auteurs en ont conclu que les *vadimonia* avaient été supprimés par Marc-Aurèle : mais le nom de *vadimonium* se retrouve encore dans Paul, Coll. II, 6, et, à l'époque de Théodose II, dans Amm. Marc. XXX, 4 : et d'ailleurs ils étaient tellement en usage du temps de Gaius, qu'il n'est pas présumable qu'ils aient pu disparaître tout à coup, d'autant plus qu'on en retrouve encore des traces dans les livres de Justinien. Enfin Zenger pense qu'il y eut certaines formalités du *vadimonium* qui furent supprimées (lesquelles? il y en avait si peu), et que les

empereur n'a pas supprimé par là les *vadimonia* qui, si la *denuntiatio* avait été négligée, purent encore avoir lieu; et d'un autre côté ce n'est pas lui qui a introduit les *denuntiationes;* de sorte qu'il n'a fait que convertir en un droit pour le demandeur ce qui auparavant dépendait aussi de la volonté du défendeur; dès lors le demandeur put engager immédiatement le litige à un jour déterminé et sans *vadimonium* [5]. Quoique ce nom ne se trouve pas dans la compilation de Justinien, on a cependant toujours pu recourir à un *vadimonium* extrajudiciaire ou judiciaire, de même qu'à la *vocatio in jus*, du moins sous le système formulaire; seulement, par suite du décret de Marc-Aurèle, les *denuntiationes* sont devenues plus fréquentes, et, sous les empereurs chrétiens, elles furent inévitables; mais nous parlerons plus loin (§ 143) de ce dernier état de la *denuntiatio*, lorsque nous traiterons du troisième système de procédure.

III. — *De la litiscontestatio* [1].

§ CXVIII. — *Du caractère de la litiscontestatio.*

Après l'*actionis editio* et la *postulatio* [2], la formule était accordée par le préteur, soit à la première comparution, soit à la

denuntiationes prirent la place des édits de la procédure de contumace. Il est vrai qu'il y avait des *denuntiationes* dans cette procédure; mais il ne s'agit pas ici de ces *denuntiationes*. Voy. § 116, note 6. Voy. § 136.

[5] Voici ce que le passage de Victor signifie : « Le demandeur avait le droit d'omettre la solennité du *vadimonium* et de recourir à la voie plus commode de la *litisdenuntiatio* pour engager le procès à un jour fixe. »

[1] C. G. de Winckler, Discrimen. inter litiscontestationem jure veteri ac hodierno, et utriusque effectus, Lips. 1751, sect. I, II, opusc. min. Vol. I, p. 295 sqq. Glück, l. c. c. 2, sect. 1, § 16, opusc. Fasc. II, p. 370 sqq. Jo. Chr. Vossler (præs. Malblanc), de litiscontestatione Romanor. Tub. 1808, 4. C. L. Goldschmidt über litisc. und Etnred. p. 5-14. F. L. Keller, über litisc. und Urth. Zürich, 1827.

[2] L'*actionis editio* consiste seulement à indiquer la formule que l'on est dans l'intention de demander, et par conséquent diffère de la *postulatio*, qui est la demande formelle de l'action faite au magistrat. Toutefois la *postulatio* peut être considérée comme une forme de l'*actionis editio*, et réciproquement l'*actionis editio* peut être envisagée comme une *pos-*

seconde, s'il y avait eu un *vadimonium*, et, en même temps, le juge était nommé; ou bien elle était refusée : *actionem, formulam, judicium dare* [3] (ce qui s'appelle *impetrare* [4] pour le demandeur), ou *denegare* [5]. *Postulare* signifie toute demande adressée au magistrat [6]; et lorsque la *postulatio* [7] avait pour but une action (*judicium, judex* ou *arbitri*), le préteur l'accordait

tulatio; car cette dernière et l'*editio* ne sont astreintes à aucune forme proprement dite; v. § 113. Ainsi un *interdictum edictum* ne se distingue pas d'un *interdictum postulatum*, parce qu'ici le préteur, sans attendre aucun délai, accorde l'interdit immédiatement (§ 71). — Autrefois on regardait l'*actionis postulatio* comme étant un acte de procédure particulier consistant à demander au préteur la permission de se présenter devant lui pour lui demander une action (*ut sibi liceret actionem intendere*); seulement on ne savait pas si elle précédait l'*actionis editio* (§ 113, note 1), ou si elle la suivait. De cette opinion sont Bretus, ordo judic. c. 24, v. Hees, l. c. c. 3, § 41, Glück, l. c. p. 326 sqq. et plusieurs autres. Goldschmidt, p. 7 et suiv. s'est déjà prononcé contre cette opinion qu'a cependant encore défendue Lœhr, Ubersicht der Const. cah. 2, p. 51 et suiv. Quant à la concession de la formule exigeant une *causæ cognitio*, Mühlenbruch distingue encore entre l'*impetratio* proprement dite et la simple *postulatio*. On se fonde, à ce sujet, sur la L. 1, pr. D. de postul. (3, 1), où cependant il n'est question que de personnes pouvant postuler une action; voy. § 1, ibid. et sur Cic. orat. part. 28. Mais la question de savoir si une action peut être postulée, et s'il est nécessaire qu'il y ait une *causæ cognitio*, ne touche en rien à la forme de la *postulatio* ni à celle de l'*impetratio*. Enfin on se fonde, et même uniquement, sur ce passage de Cic. de inv. II, 19 : « Ubi (in jure) et exceptiones postulantur et *quodammodo ogendi potestas datur.* » Il faudrait donc admettre aussi une *exceptionis postulatio* particulière; et en outre le *quodammodo* ne prouve-t-il pas que c'est improprement qu'on attribue à la *postulatio* le droit d'agir; qu'on a seulement voulu dire qu'après la *postulatio* la formule est concédée? Voy. note 12.

[3] Toutes ces expressions sont synonymes. Voy. L. 3, pr. de sep. viol. (47, 12). L. 6, de inj. (47, 10). L. 51, § 1, fam. erc. (10, 2). Mais il n'en est pas de même de *litem pro* ou *secundum aliquem dare*, qui signifie rendre la sentence. Voy. Cujas, Obs. VI, 27.

[4] Coll. XII, 5. L. 51, § 1, cit.

[5] Brisson. v. *Actio*, n° 5; v. *Denegare, de formulis*, V, 10 sqq. 108 sq.

[6] Brisson. v. *Postulare.*

[7] « Postulare, ut judicium detur, » dit une fois Cicéron, Verr. III, 65.

quelquefois *cognita causa* [8], quelquefois aussi sans examen préalable [9]; mais pour l'accorder il ne rendait pas un décret, il se contentait de délivrer une formule, toutefois après avoir entendu les parties, qui jadis s'appelaient *rei* [10], les parties ayant besoin souvent d'entrer dans quelques débats avant que la formule fût concédée. En effet, non-seulement il pouvait se faire que des aveux faits devant le magistrat empêchassent l'action (v. § 49, *supra*), mais encore il arrivait fréquemment que le défendeur contestait l'admissibilité de l'action, ou demandait qu'on y insérât une exception, que le demandeur au contraire prétendait à un *judicium purum*, ou faisait insérer une réplique, et, par contre, le défendeur une duplique. Ces débats courts et oraux devant le magistrat (*pro tribunali*) devaient être suivis de la désignation du juge, sur lequel les parties pouvaient s'accorder [11]. Cette procédure *de constituendo judicio* [12] était terminée [13] par la dation de la formule, et alors il y avait *judi-*

[8] *Causa cognita judicium* ou *actionem dabo*, est une expression souvent employée dans les édits du préteur, voy. Briss. de form. v, 108, et la concession de la formule est souvent rendue par les mots *indulgere*, *permittere*, *tribuere*, *accommodare*, voy. Pithou, ad Coll. l. c. dans Schulting, note 49.

[9] La question de savoir s'il y aura *causæ cognitio* dépend de la réserve qui en est faite dans l'édit, ou de la circonstance que l'action demandée ne repose pas sur les termes mêmes de l'édit. Dans ces cas, en effet, la concession de l'action était abandonnée à la sagesse du magistrat.

[10] Festus, v. *contestari*. Ælius Gallus dans Festus, v. *Reus*.—Cic. de orat. II, 43, 79.

[11] Conf. Cic. or. part. 28, de inv. II, 19, in Verr. III, 65. Auct. ad Her. I, 12 sqq. II, 12 sqq. — Brisson. l. c.

[12] *Ante judicium*, dit Cicéron or. part. l. c. c'est-à-dire, avant d'aller devant le juge, *de constituendo ipso judicio solet esse contentio*. Voy. aussi Cic. de inv. II, 19, voyez note 2, *in fine*.

[13] A l'opinion erronée sur l'*impetratio actionis* dont il a été parlé à la note 2, se rattache aussi l'opinion communément admise que l'*impetratio actionis* précédait les débats des parties devant le magistrat, tandis qu'il est bien certain que la concession de l'action ou son refus terminait la procédure *in jure*; opinion qu'a, du reste, défendue Goldschmidt pour ce qu'elle a d'essentiel, p. 11 et suiv.

cium constitutum [14], *res in judicium deducta* [15], *lis contestata* [16]. Toutefois *lis contestata* ne signifie plus que le dernier acte de la procédure *in jure* consistait dans une invocation de témoins [17]; *litiscontestatio* ou *litem contestari* ne donne plus, à cause de ce motif, son nom à cette procédure [18]; car, sous le système formulaire, il était inutile, quant à la forme, de prendre des personnes à témoin de la terminaison de la procédure *in jure*, puisque la rédaction de la formule la constatait suffisamment et portait en tête le nom de juge; cette formalité de l'invocation des témoins aurait été sans aucune portée même pour le fond, puisque la formule contenait le résultat des débats devant le préteur, et que ce qui était omis et était abandonné à la sagesse du juge [19], était attesté par le magistrat lui-même, ou pouvait être consigné *apud acta* [20]. Au reste, il est possible que la *contestatio* de l'ancienne procédure ait passé, dès l'origine, dans la procédure formulaire [21]; mais il est certain qu'il n'en fut pas longtemps ainsi, puisqu'il n'en reste aucune trace [22], et qu'il devint bientôt nécessaire de fixer d'une manière scientifique le moment précis de la *lis contestata* [23].

§ CXIX. — *Continuation.* — *De la translatio judicii.*

La procédure réciproque des parties devant le magistrat a été

[14] Cic. ll. cc. et pro Cæc. c. 3. L. 42, pr. D. de mort. caus. don. (39, 6): « bonæ fidei judicio constituto. »

[15] L. un. C. de litisc. (3, 9), l'exception *rei in judicium deductæ* du § 120 *infra*, et L. 31, D. de jud. (5, 1). L. 2, C. de pet. her. (3, 31).

[16] Cic. pro Rosc. C. c. 11: « lite contestata, judicio damni injuria constituto. » Gaius, III, 180, 181. L. 16, 17, D. de proc. (3, 3). L. 25, de rei vind. (6, 1). L. 25, § 8, de Æd. ed. (21, 1).

[17] Keller, p. 7, avec § 109, *supra*.

[18] Voyez les textes qu'a réunis Keller, p. 8, note 3.

[19] L. 18, § 2, D. de prob. (22, 3).

[20] Heffter, Just. p. 281 et suiv.

[21] Voy. Keller, p. 4 et suiv.

[22] Le passage de Festus, v. *Contestari*, est le seul qui mentionne cela; et même ici il n'a pas pour but de signaler la forme elle-même, mais seulement la source du nom de *litiscontestatio*, Keller, p. 10.

[23] L. un. C. de litis contestatione (3, 9). Keller, p. 12.

désignée dans l'origine par l'expression *litem contestari* [1]; plus tard encore on l'a employée principalement pour indiquer la procédure devant le préteur, de la part du demandeur, parce que c'était lui qui engageait le procès, mais en supposant probablement toujours un adversaire avec lequel il l'engageait; car on trouve le plus souvent ces mots: *litem cum reo contestatur* [2], et il est même dit quelquefois du défendeur: *litem contestatur* [3]. Quant à ce dernier, les expressions le plus en usage sont: *actio cum eo constituitur* [4]; *cum altero* (le demandeur) *litem contestatam habet* [5]; *lis in eum* ou *cum eo contestata est* [6]; *judicium, actionem accipit, suscipit;* on dit encore de lui qu'il laisse arriver l'affaire jusqu'à la *judicii constitutio* [7]. Enfin on rencontre aussi *exceptionem contestari* [8]; ce qui ne signifie pas seulement opposer une exception, mais faire en sorte que la discussion puisse ensuite s'engager sur l'exception. *Judicium acceptum* [9], *contestatum, inchoatum; lis inchoata, cœpta,* sont synonymes [10]. Autrefois, comme nous l'avons déjà expliqué, on appelait des témoins pour assister à cette introduction du *judicium*, à ce qui se passait alors devant le ma-

[1] Festus, v. *contestari*.

[2] Cic. pro Rosc. C. c. 11, Gell. v. 10. L. 10 f. D. si quis caut. (2, 11). L. 28, D. de nov. (46, 2). Briss. v. *litiscontestatio*. A. G. Cramer; supplem. ad Briss. sp. 1; Kil. 1813, v. *accipere*.

[3] Cic. ad Att. XVI, 15, ibid. Keller, p. 470 et suiv. L. 32, § 9, de rec. (4, 8).

[4] Gaius, IV, 87.

[5] Festus, v. *Reus*. Cic. pro Rosc. C. c. 12.

[6] L. 14, de his qui not. (3, 2). L. 11 pr. de pign. act. (13, 7). L. 3, § 10, jud. solv. (46, 7).

[7] Cic. pro Quinct. 26. Gaius IV, 87. L. 8, § 3, L. 16, D. de proc. (3, 3). L. 9, § 3, D. de dolo (4, 3). L. 28, § 2, L. 34 D. de jud. (5, 1). L. 40 pr. de her. pet. (5, 3). L. 35, § 2, de jurej. (12, 2). L. 9 D. de verb. obl. (45, 1).

[8] L. 8, 9 C. de exc. (8, 36).

[9] C'est synonyme de *liscontestata*, voy. L. 73, de proc. (3, 3). L. 40 pr. de her. pet. L. 25, de rei vind. (6, 1). L. 31 pr. de reb. cred. (12, 1). L. 25, § 8, de Æd. ed. (21, 1). L. 1, § 1, de litig. (44, 6). L. 29, de nov. (46, 2).

[10] Keller, p. 69, et § 124, *infra*.

gistrat : l'appel de ces témoins prenait le nom de *litiscontestatio*; mais plus tard [11] on nomma ainsi, dans un sens non restreint, toute cette procédure dont le but était d'introduire le *judicium*, et, dans un sens restreint, la fin même de cette procédure [12] : par conséquent, de même que la procédure *in jure* s'introduisait par la *edita actio*, de même aussi la *contestata lis* commençait le *judicium* [13]. Nous avons vu plus haut, au § 115,

[11] Keller, p. 15 et suiv., a parfaitement traité cette question, et nous dispense de passer en revue et d'examiner les anciennes opinions à ce sujet. Ceux qui admettaient que la *litiscontestatio* avait lieu *in jure*, la faisaient consister dans des déclarations solennelles faites par les deux parties; tels sont Winckler, p. 296, et Glück, p. 365. Parmi ceux qui soutiennent que la *litiscontestatio* était le premier acte de procédure devant le juge, se place au premier rang Goldschmidt, p. 13-17. V. *contra* J. T. B. Linde, Abhandl. t. 1. Bonn 1823, p. 11 et suiv. Heffter, Instit. p. 281, la regarde comme un acte terminant la procédure *in jure*. Etaient approchés de la vérité Janus à Costa, comm. ad Decret. lib. 2, tit. 5, et surtout Vossler, diss. cit. § 5-7. Quant à l'opinion de Tigerstrœm, elle est tout à fait singulière (p. 77 et suiv.).

[12] Outre ce que nous avons dit jusqu'ici, et ce que nous dirons encore dans les paragraphes suivants, les principaux arguments, pour démontrer que la *litiscontestatio* avait lieu *in jure*, et qu'elle se terminait lorsque la formule était rédigée, se tirent des L. 16, 17, D. de proc. (3, 3), où les mots *ante* et *post litem contestatam* ne peuvent signifier que *avant* et *après la conception de la formule*; L. 8, § 2, eod. où *tempore litiscontestatæ* signifie nécessairement *devant le préteur*; L. 25, § 8, de Æd. ed. Geil. V, 10, où il est dit que, après la litiscontestatio, on vient « *ad judices conjiciendæ consistendæque causæ gratia*. Une autre preuve se tire du parallélisme entre les expressions *judicium*, *actionem accipere*, et *dare*, *reddere*, *denegare*. Enfin voyez Gaius, IV, 102, et surtout ce qui sera dit plus loin, § 158, sur le *dominium litis*. (On ne doute plus de tout cela chez nous; voy. M. Ducaurroy, l. c. nos 1175, note 2, et 1176. E.)

[13] Le sens de la L. un. C. h. t. (3, 9), de Sévère et d'Antonin, qui forme un tout complet avec la L. 3, C. de edend. (2, 1) (Winckler, § 4, Goldschmidt, p. 14, Heffter, p. 285), est vraisemblablement celui-ci : « Il y a déjà eu *litiscontestatio* quand le *judicium* commence. » Conf. G. F. Puchta, Erl. Jahrb. VIII, 2, p. 116-118. L'opinion que la *litiscontestatio* est le premier acte de procédure devant le juge, est fondée principalement sur cette L. un. Ceux qui admettent une opinion contraire corrigent cette loi en substituant *magistratus* à *judex*; mais cette correction constitue cette loi en contradiction avec elle-même et avec la véritable

les conséquences pour le défendeur de son refus de se prêter à l'introduction du *judicium*, et, sous ce rapport, il est dit : « *Prætor judicium accipere cogit,* » c'est-à-dire, le préteur considère le défendeur comme obligé de se prêter à l'introduction du judicium [14].

Enfin il y avait plusieurs circonstances où il était nécessaire de transformer la formule (*judicium transferre, litis translatio*); spécialement lorsqu'il fallait faire figurer le nom d'un *procurator* à la place de celui du *dominus (a domino in procuratorem)*, ou le nom du *dominus* à la place de celui du *procurator* (*a procuratore in dominum*), dans la partie de la formule appelée *condemnatio* [15]; ce qui ne pouvait se faire que *cognita causa* [16]. C'était aussi au moyen de simples changements de noms dans la *condemnatio* que l'on pouvait substituer les héritiers à un plaideur décédé depuis la *litiscontestatio* [17]. On procédait de même pour transférer contre le père, *de peculio*, l'action intentée contre le fils qui était venu à décéder depuis la même

idée qu'on doit se faire de la *litiscontestatio*, v. Keller, p. 60. Heffter, Instit. p. 285, admet que cette loi parle d'un état passager de la procédure, particulier à l'époque de ces empereurs. Keller, § 3, regarde ce passage comme étant interpolé ; il n'y a pas, en effet, d'autre manière d'expliquer cette loi, si l'on n'admet pas notre interprétation.

[14] L. 8, § 3. L. 43, § 6. L. 44, 45, pr. L. 73, de proc. (3, 3). L. 71, § 2, de leg. 1 (30). L. 49 pr. ad Sct. Treb. (36, 1). L. 7 pr. de aqua (39, 2). L. 18. jud. solv. (46, 7). L. 2 C. de her. vel act. vend. (4, 39).

[15] Conf. § 156, *infra*.

[16] L. 17.— L. 27, L. 42, § ult. L. 46 pr. de proc. L. 7 pr. de dolo (4, 3). L. 45, § 1, mand. (17, 1). L. 1, § 2, quib. mod. pign. (20, 6). L. 22 C. de proc. (2, 13). Hollweg, Vers. p. 160.

[17] L. 8, § 1, de fid. tut. (27, 7). L. 29, de op. libert. (38, 1). L. 4, C. de lu lit. jur. (5, 53). Lorsque quelqu'un actionnait comme héritier, l'*intentio* était conçue en son nom, comme si « *proprio nomine ei deberetur.* » L. 93 pr. de sol. (46, 3), Gaius, IV, 34 ; mais si l'*intentia* avait déjà été conçue au nom du défunt figurant comme demandeur, il est difficile de supposer qu'une simple *translatio judicii* eût suffi pour lui substituer son héritier. V. Keller, p. 167, note 3 (car la *translatio judicii* n'affectait que la *condemnatio*; le nom du défunt aurait donc continué à figurer dans l'*intentio*. Or Gaius, IV, 34, nous apprend que le défunt ne peut figurer comme étant une personne à qui on doive. E.)

période de la procédure [18]; pour transférer contre le *statuliber* [19] ou l'affranchi [20] l'action noxale d'abord engagée contre le maître; pour la transférer aussi contre celui qui *in libertatem proclamaverit* [21], pour le cas où l'action noxale ayant été intentée contre son prétendu maître, et, pendant cette instance, ce prétendu esclave ayant invoqué sa liberté, serait parvenu à l'obtenir; quelquefois aussi l'action d'injure était transférée du père au fils injurié [22]. De la part du juge, la mort ou tout autre empêchement pouvait donner lieu à une nouvelle *judicis datio*; mais cette translation de l'action ne nécessitait aucune modification des parties de la formule; il suffisait de substituer un autre juge en tête [23].

D'autres changements matériels étaient bien permis avant la *litiscontestatio* (§ 113); mais, depuis cette dernière, ils ne pouvaient être opérés que *causa cognita*, et en outre dans les hypothèses seulement où la restitution en entier était admissible [24].

§ CXX. — *Des effets de la litiscontestatio* [*].

La *litiscontestatio* était la base fondamentale du *judicium*; elle formait une décision proprement dite; elle était comme un jugement interlocutoire se produisant, dans le second système de la procédure, sous l'enveloppe de la formule, et devant conduire à la sentence définitive. Aussi constituait-elle un véritable droit, de même que cette sentence définitive dont elle était l'avant-coureur. Elle formait entre les parties l'obligation proprement dite de se soumettre à toutes les conséquences du *judicium* qu'elle ouvrait, de respecter la puissance de la for-

[18] L. 57, de jud.
[19] L. 15, de nox. act.
[20] L. 14, de his qui not. (3, 2), et Keller, p. 52.
[21] L. 24, § 4, de lib. caus. (40, 12).
[22] L. 17, § 14, de inj. (47, 10).
[23] L. 17, 18 pr. L. 46, L. 76, de judic. — L. 13, § 3, de vacat. (50, 5).
[24] Conf. § 120, note 12, *infra*.
[*] Hollweg, Versuche, p. 149 et suiv. Keller, liv. 2.

mule octroyée et l'autorité du juge qui devait statuer [2]; la sentence devenait pour elles une loi, soit que le juge condamnât le défendeur et créât ainsi l'obligation nouvelle de *judicatum facere*, soit qu'il exerçât son autorité d'une manière négative en prononçant une absolution. Comme juge privé, son autorité était renfermée dans la sphère que lui avait tracée l'obligation des parties [3]; par conséquent, sa sentence ne pouvait porter que sur l'objet de la formule, et sur les accessoires que le litige comportait; car *ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest* [4]. Les anciens (*veteres*), embrassant toute la procédure jusqu'à la condamnation, ont exprimé les diverses transformations que subit par gradation le droit originaire, dans une action civile, de la manière suivante: « *Ante litem contestatam debitorem dare oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* [5]. » Les contestations douteuses et incertaines des parties se trouvent donc, au moyen de la *litiscontestatio*, transformées de telle manière que désormais sont invariablement fixés les points de fait et de droit d'où doit dépendre la condamnation, laquelle elle-même est (plus ou moins) déterminée d'avance. On peut classer de la manière suivante les effets de la *litiscontestatio*: I. elle éteint [6] le droit qui a été déduit *in judicium*, en ce sens que le demandeur ne pourra plus l'invoquer avec succès. De même que jadis l'action de la loi une fois exercée cessait *ipso jure* de pouvoir l'être à l'avenir [7], de même l'action personnelle conçue *in jus*, intentée dans un *legitimum judicium*, éteignait complétement le droit primitif du demandeur (*tollitur obligatio litiscontestatione* [8]). Mais

[2] Senec. ep. 107: « quia jam primo vinculo tenentur; et mutare illis formulam non licet. » Toutefois des circonstances pouvaient rendre nécessaire la *translatio judicii*, voy. *supra*, 119, *in fine*.

[3] Hollweg, p. 149 et suiv.

[4] L. 18 D. comm. divid. (10, 3).

[5] Gaius, III, 180.

[6] Keller, p. 82 et suiv.

[7] Gaius, IV, 108.

[8] L. 23, D. de sol. (46, 3): Solutione vel judicio pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus.

lorsque l'une de ces trois conditions manquait, c'est-à-dire, lorsque l'action était civile réelle, ou *in factum*, ou se produisait dans un judicium *imperio continens*, la *litiscontestatio* qui y était relative n'éteignait le droit primitif que *exceptionis ope*; c'est-à-dire que le défendeur, lorsque ensuite la même action lui était intentée, ne pouvait en paralyser les effets qu'en faisant insérer dans cette nouvelle formule l'exception *rei in judicium deductæ* [9]. Cela se comprend facilement; car, d'abord quant à l'action *in rem* et à l'action *in factum*, le droit réel et le fait ne pouvaient être transformés, c'est-à-dire, ne pouvaient être novés comme une obligation (§ 123); quant au *judicium imperio continens*, il tirait sa puissance de l'autorité du magistrat; or cette autorité ne pouvait avoir qu'une influence indirecte sur un droit civil. La sentence du juge produisait des effets parallèles *ipso jure* ou par la *rei judicatæ exceptio* à ceux de la *litiscontestatio*, dans les mêmes hypothèses que cette dernière, de sorte que l'on ne pouvait plus employer la formule obtenue pour une nouvelle sentence [10]. D'après ce qui précède, il est facile de comprendre qu'après la *litiscontestatio*, l'action ne pouvait plus être modifiée; on n'aurait pu que demander une autre formule pour un droit non éteint par la *litiscontestatio* (*mutare actionem* dans ce sens [11]); la seule modification permise était celle de la *translatio judicii* expliquée au paragraphe précédent; outre cette ressource, il y avait cependant encore celle, mais bien rare, de la restitution en entier [12].

[9] Gaius, III, 180, 181, IV, 106-108. Keller, p. 85 et suiv. p. 111-120.

[10] Gaius, ll. cc. Keller, p. 109 et suiv. p. 120-125.

[11] Cic. pro Cæc. c. 3.

[12] L. 4, § ult. D. quod cum eo (14, 5), § 98, *supra*. — Dans la L. 4, § 3, de nox. act. (9, 4), il est question d'un demandeur qui attaque un maître à cause du délit de son esclave, par conséquent avec une *intentio* d'action noxale (*propter Stichum servum*, L. 42, § 1, eod.), et qui a demandé une *condemnatio* sans option d'abandon noxal (*detracta noxæ deditione*), en se fondant sur ce que le maître avait connaissance de l'intention malfaisante de son esclave. On se demande dans cette hypothèse si le demandeur peut *in judicio* retirer cette restriction de la *condemnatio*; et réciproquement, pour le cas où il aurait laissé rédiger la *condemnatio* sans restriction, s'il peut changer à ce sujet en reprochant au maître sa *scientia*. Le jurisconsulte se prononce pour l'affirmative.

§ CXXI. — *Continuation* [1].

On peut appeler négatifs les effets de la *litiscontestatio* dont nous venons de parler ; mais, II. elle en produisait d'autres que nous nommons positifs. 1° L'action déduite *in judicium* devenait perpétuelle (*perpetuatur*), en ce sens que, si elle avait dû s'éteindre par l'expiration d'un délai, ou par la mort de l'une des parties [2], elle était dès lors à l'abri de cette chance d'extinction [3]. En effet, la *litiscontestatio* opérant novation, si elle avait eu lieu à temps, à l'ancien droit en avait été substitué un nouveau, soumis à d'autres conditions, qui par conséquent ne pouvait plus être perdu que par de nouveaux motifs. Ainsi l'action devait être jugée dans un certain délai indiqué dans la formule ou déterminé par des dispositions générales (v. § 128, *infra*). 2° L'affaire, une fois déduite *in judicium*, devait être terminée par une sentence ; les parties avaient le droit d'exiger du juge, l'une une condamnation, l'autre une absolution [4]. Pour diverses appréciations, suivant les choses et les cas, tantôt le juge devait se reporter au moment de la *litiscontestatio*, tantôt il devait prendre en considération le moment où

[1] Winckler, sect. 2, p. 323 sqq.

[2] L. 8 f. D. de fidej. tut. (27, 7). L. 29 f. de nov. (46, 2). L. 24 pr. de lib. caus. (40, 12). L. 87, L. 139 pr. de reg. jur. Quant à l'expiration du délai, voy. aussi L. 9, § 3, de jurej. (12, 2), et pour la mort, voy. L. 26, 58 de obl. et act. (44, 7). L. 13 pr. de inj. (47, 10). L. 164 de reg. jur. § 1 f. J. de perp. et temp. act. (4, 12). Quant à la difficulté de la L. 33 de obl. et act. conf. Glück, Comm. t. 6, p. 196, note 97.

[3] Keller, p. 130 et suiv. p. 166 et suiv. L'usucapion étant un moyen d'acquérir la propriété, tout spécial et indépendant du droit mis en question dans la revendication, n'était pas interrompue par la *litiscontestatio*; mais la prescription *longi temporis* ne pouvait pas être acquise depuis la *litiscontestatio*, L. 1, 10 C. de presc. vel temp. (7, 33), L. 26 C. de rei vend. (3, 32). L. 2 med. C. ubi in rem (3, 19); car ce n'était qu'une exception : or l'exception devait être opposée au moment de la *litiscontestatio*; et celle-ci était d'autant moins une de celles qui pouvaient encore être opposées devant le juge, que l'usucapion elle-même, acquise depuis la *litiscontestatio*, était, en définitive, sans résultat ; voy. note 8, *infra*.

[4] L. 74 pr. D. de jud. (5, 1). Voy. *infra*, §§ 130 et 137.

il prononçait la sentence [5]. Quand il s'agissait d'examiner si l'action était fondée, par conséquent en ce qui concerne l'objet de l'*intentio*, le juge devait se reporter à l'époque de la *litiscontestatio;* et cela est vrai non-seulement pour les actions de droit strict [6], mais encore pour les actions *in rem* [7]; car les questions posées dans l'*intentio*, *si paret dare oportere* ou *ejus esse*, se référaient à l'époque où l'action avait été délivrée [8]. Quand on procédait *per sponsionem*, l'époque à laquelle il devait se reporter était celle du pari engagé [9]. Dans les actions de bonne foi, le juge étant autorisé à juger *ex æquo et bono*, devait prendre en considération les circonstances postérieures [10]. Ces deux principes divers servaient de base dans les autres actions [11]. Mais si, depuis la *litiscontestatio*, le défendeur avait donné satisfaction au demandeur, ou s'était libéré à son égard de toute autre manière, le juge pouvait-il l'absoudre? Quant aux *sponsiones*, dans lesquelles le juge devait décider lequel des deux avait raison dans son pari, la négative était indubitable; il en était de même pour les actions de droit strict, où le défendeur devait être condamné si son obligation existait au moment de la *litiscontestatio*. Telle était l'opinion des Proculéiens: « *Quia judicii accipiendi tempore in ea causâ fuit, ut damnari debeat.* » Cette rigueur était cependant tempérée par eux, par une exception ou une *condictio*, de manière à prévenir l'iniquité d'une double prestation. Quant aux Sabiniens, ils voulaient que dans ce cas le défendeur fût absous, comme cela

[5] Keller, p. 169-191.

[6] Voyez ce qui est dit plus loin des *judicia absolutoria*, et de l'époque où l'on doit se reporter pour la *litis æstimatio*.

[7] On se réfère à la *litiscontestatio* pour la propriété et les servitudes, de manière que si, depuis, la propriété avait été usucapée par le défendeur, il devrait rendre le demandeur propriétaire de l'objet litigieux, et que si les servitudes avaient été éteintes par le non-usage, il devrait les reconstituer. L. 18, 20 de rei vend. (6, 1). L. 8, § 4, 5 si serv. vind. (8, 5). L. 10 de usufr. accr. (7, 2). Keller, p. 173-179.

[8] Conf. L. 42, § 1 de nox. act. (9, 4).

[9] Voy. §§ 38 et 64, *suprà*.

[10] Arg. L. 17 D. mand. (17, 1).

[11] L. 23, 35 de jud. L. 37 de nox. act. (9, 4).

avait toujours eu lieu dans les actions de bonne foi et les actions arbitraires, et par conséquent dans les actions réelles intentées par la formule pétitoire [11 bis]. De là cet adage : « *Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria* [12]. » Quant aux actions arbitraires, c'était évident, puisque le défendeur ne devait être condamné que s'il n'obéissait pas au *jussus;* quant aux actions de bonne foi, il en devait être ainsi à cause du *liberum officium* donné au juge [13]. C'était encore à l'époque de la sentence [14] que devait se reporter le juge pour tout ce qui tenait accessoirement à l'action sans être compris dans l'*intentio;* ainsi, dans l'action réelle, en ce qui concernait la possession [15]; dans l'action de *peculio*, en ce qui concernait la consistance du pécule [16], et en général en tout ce qui n'était motivé que par des considérations affectant la condamnation [17]. Enfin le taux de la condamnation dépendait de la formule, et par conséquent de la *litiscontestatio*, en ce sens qu'elle fixait la somme, ou traçait

[11] *bis*. Le passage, quoique incomplet, de Gaius, IV, 114, est décisif à ce sujet ; les mots et les motifs ne permettent pas de supposer que les Sabiniens aient différé autrement des Proculéiens ; voy. Dirksen, Beytræge, p. 90-92. Ribbentrop, diss. p. 20 sqq. Keller, p. 180-186. Voyez aussi, sur le tout, Heffter, Obs. XXI.

[12] Conf. § 2 J. de temp. act. (4, 12).

[13] L. 37, § 6, de op. lib. (38, 1). L. 5 pr. de public. (39, 4). L. 41, § 1, de re jud. (42, 1).

[14] Il paraît qu'il y avait controverse sur cette question, conf. L. 27, § 1, de rei vend. (6, 1). L. 30 pr. de pec. Keller, p. 191 et suiv. note 24.

[15] L. 27, 42 de rei vind. (6, 1). L. 4, L. 18, § 1, L. 41 pr. de her. pet. (5, 3). L. 7, § 4-6, L. 8, L. 11, § 2, ad exh. (10, 4). L. 30 pr. de pec. (15, 1). L. 1, § 21, dep. (16, 3).

[16] L. 30 pr. de pec. « Quæsitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei judicandæ tempore? Proculus et Cassius nihilominus teneri aiunt : *intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio*. Item et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quæ sententia et a nobis probanda est. » Ulp. L. 7, § 15, quib. ex caus. (42, 4). L. 5, § 2, de lib. leg. (34, 3). L. 35 de fid. (46, 1).

[17] Par exemple, *quantum reus facere potest*, L. 15 pr. L. 53 sol. matrim. (24, 3). L. 63, § 3, pro socio (17, 2). Conf. § 141, *infra*.

des limites plus ou moins déterminées à l'appréciation du juge (§§ 56 et 57, *supra*). Nous verrons dans le paragraphe suivant quels étaient les principes qui devaient, pour l'estimation, diriger le préteur ou le juge.

§ CXXII. — *Ce que comprend la litiscontestatio.*

L'objet de la *litiscontestatio* doit naturellement se composer de tout ce qui est légitimement compris dans la prétention qui en est le fondement. Si la *petitio* n'est pas *certæ pecuniæ*, si par conséquent elle rend nécessaire une estimation, celle-ci pourra[1] déjà être réglée ou sur le terme fixé dans l'obligation pour le paiement, ou sur le *locus certus* qui a été déterminé (§ 28, *supra*), ou sur l'époque à laquelle la chose due a péri[2], ou bien enfin sur le temps de la mise en demeure, en ce sens que l'on appréciera la chose à sa plus haute valeur depuis la *mora*[3]. En ce qui concerne le lieu, on se réfère aussi à celui où la formule a été donnée; et, quant au temps, on se reporte à celui de la *litiscontestatio*, pour les actions de droit strict, et, pour les actions de bonne foi, à celui de la sentence[4]. Quant aux actions arbitraires, on applique le principe des actions de droit strict pour le principal; mais en ce qui concerne les accessoires et les fruits, le juge doit les comprendre à partir de la *litiscontestatio* jusqu'à la sentence : il ne peut en effet absoudre que celui qui restitue la chose *cum omni causa;* s'il y manque quel-

[1] Glück, comm. t. 13, § 844. Gans, Olb. R. p. 58-70. Mühlenbruch, Heid. Jahrb. 1821, p. 57.

[2] Voyez Glück, p. 293, note 66, sur ce qu'on doit entendre par ἐν πλάτει de la L. 3 D. de cond. trit. (13, 3). Dans l'action de la loi Aquilia, la loi indiquait jusqu'où le juge devait se reporter; conf. L. 2, § 3, de priv. del. (47, 1).

[3] L. 3 f. de cond. trit. L. 8, § 1, de cond. furt. (13, 1). L. 3, § 3, 4. L. 21, § 3, de act. emt. (19, 1).

[4] L. 4 de cond. trit. L. 3, § 2, comm. (13, 6). — L. 22 de reb. cred. (12, 1). L. 11 de re jud. (42, 1). L. 59 de verb. obl. (45, 1). L. 28 de nov. (46, 2). Sur la L. 22 de obl. et act. (44, 7), voyez Glück, p. 279 et suiv.

que chose, il doit condamner à une indemnité [5]. Pour les actions de droit strict, qui n'étaient pas même absolutoires d'après l'opinion des Proculéiens (§ 121), les Sabiniens ont admis par équité « *ut causa restituatur* [6], » et c'est peut-être à eux que l'on doit ce principe même pour les actions arbitraires [7]. Proculus avait voulu que, dans la revendication et les condictions, on condamnât le défendeur malgré la perte de la chose arrivée depuis la *litiscontestatio;* mais les Sabiniens pensaient que, dans cette hypothèse, il devait être absous pour le principal, et ne pouvait être condamné que sous le rapport des fruits; et enfin, d'après une opinion conciliatrice, on ne condamnait le défendeur au principal, dans le cas de perte de la chose, que lorsqu'il était *malæ fidei possessor*, ou *temere litigans*, et par conséquent *in mora* [8]. D'après l'opinion qui finit

[5] L. 17, § 1, L. 20, L. 35, § 1, de rei vind. (6, 1). L. 22 C. de rei vind. (3, 32). — L. 16 pr. D. eod. — L. 15, § 3; L. 21, L. 33, L. 36, § 1, L. 45, L. 51, L. 63 eod. L. 21, § 3, de evict. (21, 2). Vat. fr. § 17. — L. 8, § 4, si serv. vind. (8, 5). L. 5, § 4; L. 5 si ususfr. pet. (7, 6). — L. 56 de hered. pet. (5, 3). L. 1, § 1, L. 2 C. de petit. her. (3, 31). — § 2 J. de off. jud. — L. 246, § 1, de verb. sign. et les notes suivantes.

[6] L. 38, § 7, de usur. (22, 1).

[7] Arg. L. 11, 12 pr. § 1. fam. erc. (10, 2).

[8] L. 40 pr. de her. petit. conf. avec L. 16 pr. de rei vind. L. 12, § 3, L. 14, § 1, dep. (16, 3). L. 21, 24 de usur. L. 8 de re jud. (42, 1). L. 5 de conf. (42, 2). L. 82 de verb. obl. (45, 1). Winckler, p. 346 et suiv. (Le possesseur de mauvaise foi doit la valeur de la chose périe par cas fortuit depuis la *litiscontestatio*, parce que le demandeur aurait pu la vendre, s'il s'agit de la pétition d'hérédité; mais s'il s'agit de la revendication, le possesseur de mauvaise foi ne doit la chose périe par cas fortuit depuis la L. C. que si l'on peut supposer que le propriétaire aurait voulu la vendre. Conciliez ainsi L. 20, § 21, D. (5, 3), avec L. 15, § 3, D. (6, 1). Quant au possesseur de bonne foi, pour la perte survenue depuis la L. C. voyez le texte de Zimmern. En ce qui concerne les fruits perçus depuis la L. C., dans la revendication, le demandeur a droit à tous les fruits qu'il aurait pu percevoir lui-même; et, dans la pétition d'hérédité, à tous les fruits que le défendeur aurait pu percevoir. Sous le rapport des fruits perçus depuis la L. C. il semblerait qu'on ne doit pas distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, parce que tout le monde devient de mauvaise foi par la L. C. Cependant le possesseur de bonne foi ne doit restituer que ceux qu'il a perçus

par prévaloir, celle de Sabinus qu'admit Justinien, on put donc dire : « *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est in eum diem quo sententia dicitur* [9]; » et, sous ce rapport, il en est de même de la *condictio triticaria*, c'est-à-dire que pour toute *condictio* n'ayant pas pour objet une somme d'argent, le juge devait se reporter au temps de la condamnation [10]. Ainsi le demandeur devait obtenir, au moment de la sentence, tout ce qu'il aurait eu si on l'avait satisfait lors de la *litiscontestatio* [11]; c'est ce qui a été décidé positivement, dans une *oratio Hadriani*, relativement à la pétition d'hérédité [12], et s'appliquait également à la revendication [13] et aux actions personnelles [14]. Maintenant si nous voulons rapprocher ce principe général avec son adoucissement, du cas de perte par cas fortuit [15], nous devrons décider que le possesseur de bonne foi

ou *négligé* de percevoir. Voyez pour les fruits la différence entre la pétition d'hérédité et la revendication, L. 25, § 4, D. (5, 3), L. 61, § 1, D. (6, 1). § 2 J. 4, 17. L. 2 C. 7, 51. — L. 33 D. (5, 3). L. 4 C. (8, 4). E.)

[9] L. 3, § 1., de usur. (22, 1). — L. 34, 35, 36. L. 38, § 4 sqq. cod. — L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1). L. 91, § ult. de leg. 1 (30). L. 8 de re jud. (42, 1). L. 51 pr. fam. erc. (10, 2). L. 1, 2 ult. C. de us. et fruct. (6, 47).

[10] L. 3 init. de cond. trit. (13, 3). Gans, p. 61-65, avec Mühlenbruch, p. 58. Voy. Glück, l. c. p. 272 et suiv.

[11] L. 35 de verb. sign. *restituere* autem is videtur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset. — L. 75 eod.

[12] Il ne faut pas confondre cette *oratio Hadriani* avec le Sct. Juventianum, qui traite du dol commis avant la L. C., L. 20, § 6, de her. pet. L. 27, § 3, eod.

[13] L. 40 pr. de her. pet. conf. L. 17, 20 de rei vind.

[14] L. 2 de usur. Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem contestatam causa præstetur. L. 31 pr. de reb. cred. (12, 1).

[15] L. 40 pr. cit. Illud quod in oratione D. Hadriani est : *ut post acceptum judicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas*, Interdum durum est : quid enim si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor

depuis la *litiscontestatio*, ne répond que de sa *diligentia;* c'est dans ce sens en effet qu'il faut entendre ce passage : « *Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse* [16]. » Quant à la pétition d'hérédité, l'interprétation voulait que le défendeur répondît de sa *diligentia* depuis l'*actionis editio* [17]; car on lit : « *Quanquam enim litis contestatæ mentio fiat in Scto, tamen et* POST MOTAM CONTROVERSIAM OMNES POSSESSORES PARES FIUNT, ET QUASI PRÆDONES TENENTUR. *Et hoc jure hodie utimur* [18]. »

§ CXXIII. — *De la necessaria novatio* [1].

Nous avons vu que la *litiscontestatio* a pour effet d'éteindre le droit du demandeur, et de lui substituer une nouvelle obligation qui repose sur l'*intentio* de la formule, dont l'effet est indiqué dans la *condemnatio*. Toutefois nous avons remarqué que l'objet de cette nouvelle obligation était tout ce que le défendeur aurait dû procurer au demandeur au moment de la *litiscontestatio*, en vertu du droit qui servait de fondement à tout le litige. La faculté de choisir entre diverses actions se trouvait par là également épuisée, et enfin on savait dès lors à qui appartenait le litige [2], qui était le *dominus litis*. Il n'était pas indispensable que ce fût l'un des créanciers; ce pouvait être un représentant (§ 155, *infra*); ou bien, s'il y avait plusieurs obligés, des *correi*, ou le père et le fils, la *litiscontestatio* engagée avec l'un d'eux libérait les autres [3]. Il pouvait même se

restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus *Proculo* placet : *Cassius* contra sensit. *In prædonis persona Proculus recte existimat, in bonæ fidei possessoribus Cassius.*

[16] L. 25, § 7, de her. pet. L. 20, § 11; L. 31, § 3, eod. — L. 25, § 8, de Æd. ed. (21, 1) L. 6, § 6, L. 11, § 3, de aq. pluv. (39, 3).

[17] Conf. L. 2 C. de fruct. et lit. exp. (2, 51).

[18] L. 25, § 7, cit.

[1] Voy. Ribbentrop, de necessaria, quam vocant, novatione commentatio, Gott. 1822, 4. Voy. surtout Keller, p. 88 et suiv.

[2] L. 9 de verb. obl. (45, 1). L. 16 de duob. reis (45, 2). L. 57 pr. § 1, de sol. (46, 3). L. 33 f. de leg. I (30). L. 1 de penu. leg. (33, 9).

[3] L. 2 D. de duob. reis. L. 5 f. de fidej. (46, 1). L. 31, § 1, de nov. (46, 2). — L. 28 C. de fidej. (8, 41). Cic. ad Att. XVI, 15. Paul. II,

faire que la *litiscontestatio* produisît un adversaire qui aurait pu ne pas l'être, tel que celui qui *liti se obtulit*[4], ou le propriétaire actuel dans l'action noxale, ou le père dans la même action; un tel adversaire ne pouvait plus, dès ce moment, échapper à son rôle[5], si ce n'est lorsque, dans ces deux derniers cas, il y avait *translatio judicii* du père au fils, ou du maître à l'esclave affranchi[6]. Dans les actions populaires, la *litiscontestatio* fixait irrévocablement et exclusivement sur la tête du demandeur le droit de poursuite; il se trouvait dans son patrimoine et devenait transmissible à ses héritiers, comme l'action d'injure le devenait par là aux héritiers de l'injurié[7].

Les jurisconsultes ayant voulu ramener toutes ces conséquences de la *litiscontestatio* à un principe, la novation se présenta à leur esprit tout naturellement[8], surtout pour les cas où la *litiscontestatio* éteignait *ipso jure*, d'une manière directe, une obligation civile. Ils pouvaient même considérer les parties comme ayant formé une novation conventionnelle[9], tout en reconnaissant cependant des différences marquées entre la novation par contrat (*voluntaria*), et la novation judiciaire (*necessaria*). Toutefois, il est certain que les Romains n'ont pas admis d'une manière tranchée cette distinction scientifique entre l'une et l'autre novation, et qu'ils n'ont jamais donné le nom de novation, dans un sens technique[10], ni à la *litiscon-*

17, § 16. — L. 7 de fidej. tut. (27, 7). L. 1 ratam rem hab. (46, 8). — L. 32 de pec. (15, 1). Keller, p. 430, p. 435-470.

[4] L. 25, L. 27 pr. de rei vind. (6, 1).

[5] L. 26, § 4, L. 37 de nox. act. (9, 4). L. 1, § 13, 16 si quadrup. (9, 1).

[6] Voy. § 110, notes 19 et 20.

[7] L. 32 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2). L. 28 de inj. (47, 10). L. 12 pr. de Verb. sign. conf. avec § 121, note 2, *supra*.

[8] De là l'opposition entre la *novatio voluntaria* et la *novatio judicii accepti* de la L. 29 de nov. (46, 2); entre la délégation qui s'opère par stipulation et celle qui s'opère par *litiscontestatio* dans la L. 11, § 1, eod.; de là vient que Gaius, III, 176 sqq. et 180, met la *litiscontestatio* en rapport avec la novation.

[9] L. 3, § 11, de pec. (15, 1).

[10] Ce nom a pu lui être donné dans un sens non technique, comme

testatio, ni à la sentence [11]. La différence entre la novation nécessaire et la novation volontaire [12] consiste principalement en ce que la première, sans qu'il y eût de stipulation à ce sujet, avait pour effet de faire passer dans la nouvelle obligation, non-seulement le principal de la première, mais encore ses accessoires, tels que l'hypothèque, les intérêts et les priviléges [13]; aussi disait-on : « *Non deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes* [14]. » Cette différence consiste encore en ce que la *litiscontestatio* n'éteint pas l'obligation naturelle [15], et en ce que l'obligation nouvelle ne peut pas conduire elle-même à une action, mais seulement à un *absolvi* ou à un *condemnari*.

dans les fr. Vat. § 263; et, dans la L. ult. pr. C. de usur. rei jud. (7, 54), Justinien n'entend pas employer une expression nouvelle quand il dit : *Novatur judicati actione prior contractus* : car on en dit autant du serment, qui cependant ne produit d'effet que d'une manière indirecte, voy. § 127.

[11] Il est du moins rare de rencontrer cette dénomination pour la *litiscontestatio* on la sentence : dans Gaius on trouve *novatio per stipulationem* distinct de *tolli litiscontestatione*, *novare* opposé à *in judicium deducere*, L. 22 de adm. tut. (26, 7), L. 2, § 8, de her. vel act. vend. (18, 4). Cette différence dans les expressions pourrait s'expliquer par la circonstance qu'une extinction indirecte ne doit pas porter le nom de *novare*. Mais la L. 29 de nov. distingue positivement la novation de la *litiscontestatio*; toutefois, quand elle oppose la *novatio voluntaria* au *judicium acceptum*, le mot *voluntaria* ne figure pas techniquement, mais seulement comme explicatif. Voy. Ribbentrop, diss. de novat. p. 17 sq. Keller, p. 89-97.

[12] L. 29 de nov. Keller, p. 97 et suiv.

[13] L. 22 de tut. et rat. (27, 3). L. 13, § 4, de pignor. (20, 1). L. 11 pr. de pign. act. (13, 7). L. 8 C. de pignor. (8, 14). L. un. C. etiam ob chirogr. (8, 27).

[14] L. 29 cit. conf. L. 86, 87 de reg. jur. Mais le droit contre les fidéjusseurs est éteint par la *litiscontestatio* avec le débiteur principal.

[15] L. 60 pr. L. 28 de cond. ind. (12, 6). — L. 50, § 2, de pec. (15, 1). L. 8, § 3, de fid. (46, 1). — L. 8 de comp. L. 18 pr. eod. (16, 2).

§ CXXIV. — *Inaliénabilité de la chose litigieuse* [1].

Les débats réciproques qui se passaient devant le magistrat constituaient le litige, ainsi que l'exprime le mot *lis*, et déterminaient en même temps le lieu où ce litige devait être jugé définitivement [2]. De cet état de choses découlaient des conséquences autres que celles produites par les principes de la novation. Ainsi une disposition de la loi des XII Tables défendait, sous peine d'une amende du double, de consacrer aux Dieux la chose litigieuse [3]. Cette disposition fut généralisée par l'interprétation, et spécialement par un édit d'Auguste [4]; toute aliénation d'une chose litigieuse était paralysée par l'exception *litigiosi* [5], et faisait encourir au vendeur toujours [6] une amende

[1] Tit. de litigiosis, D. 44, 6. C. 8, 37. C. Th. 4, 5. — Cujas, Parat. ad C. h. t. — Mühlenbruck, Cession, 2e édit. p. 337 et suiv. p. 341 et suiv.

[2] L. 30, D. de jud. Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. L. 34, eod. Il est certain que le magistrat ne pouvait désigner pour juge une personne étrangère à la localité; et l'on doit lire, dans la L. ult. D. de off. pr. urb. (1, 12) : *Nec extra urbem potest jubere judicare.* Ce n'est pas à ce dernier principe que la L. 28, § 4, de jud. fait exception; car, d'après cette loi, lorsque l'action était donnée, en cas d'urgence, par un magistrat de Rome, contre un *legatus provinciæ*, la formule portait probablement que celui-là serait juge que le président de la province nommerait; tel serait le sens de ces mots : « *Ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur.* » Voy. Keller, § 46-49. De telle sorte que cette loi ne ferait que constater une dérogation à cette règle : « *Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet.* »

[3] L. 3, D. h. t. Dirksen, XII, T. p. 719-721.

[4] Fragm. de jure fisci, § 8.

[5] Il ne faut pas donner plus de portée à cette énergique expression du Fr. de jur. fis. cit. « *nullius momenti*, » ou à cet autre passage de la L. 27, § 1, D. ad Set. Vellej. (16, 1) : « *Nihil esse domino quæsitum, non magis*, QUAM SI LITIGIOSUM PRÆDIUM *servus, aut liberum hominem emerit.* » En effet, Gaius, IV, 117, ne parle que d'une exception; il en est de même dans la L. 1, § 1, D. h. t. et dans la L. 1, f. D. quæ res pign. (20, 3). — « Si prædium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptionem. » C'est dans ce sens aussi qu'il faut entendre le passage du titre au D. de litig. Mühlenbruch, note 188 a. Cependant on pourrait peut-être soutenir qu'il y avait nullité à l'égard des *legitima judicia*, et rescision dans les *judicia imperio continentia*.

[6] L. 1 pr. de jure fisc. (49, 14). L. 22 pr. eod.

en rapport avec la valeur de l'objet litigieux (comme d'après la loi des XII Tables), et à l'acquéreur une amende de 50 sesterces lorsqu'il connaissait le litige [7]. Dans les actions en partage, une fois le *judicium acceptum*, aucun des copartageants ne pouvait aliéner sa part [8]. Par une conséquence de la loi Licinia, celui des copropriétaires qui vendait sa part indivise avant tout litige, mais dans le but de susciter à son communiste un adversaire puissant qui pût lui imposer des concessions, perdait son action en partage [9]. Cette conséquence de la loi Licinia s'est rattachée à un édit proconsulaire [10] (probablement postérieur) qui, lorsqu'une personne, dans la vue d'un procès près d'éclater, par conséquent aussi avant la *litiscontestatio* [11], vendait une chose dans le but d'opposer un adversaire redoutable [12], accordait une action *in factum* contre elle, *quanti nostra intersit alium adversarium non habuisse* [13]. Aussi toute action en partage était-elle également refusée à l'acquéreur d'une portion indivise, dans l'hypothèse qui vient d'être posée précédemment [14]. En général les Romains cherchaient par toutes sortes de moyens à réprimer la méchanceté de quiconque voulait susciter des embarras à son adversaire [15], moyens qu'ils appliquaient même, dans le cas dont nous venons de parler, quoique le procès n'eût pas encore commencé, lorsque les actes nuisibles avaient été produits. Au

[7] Frag. L. C. L. 2, D. h. t.

[8] L. 13, D. fam. ercisc. (10, 2). L. 1, f. L. 2, C. comm. div. (3, 37).

[9] *Ex lege Licinnia (Licinia) interdicitur*, dit Marcien dans la L. ult. D. de alien. jud. mut. causa (4, 7). Il ne suit pas de là clairement que la loi Licinia ait contenu une disposition formelle à ce sujet ; seulement elle peut avoir contenu un principe d'où l'on ait tiré cette conséquence : car « *ex legibus* sic accipiendum est : tam ex legum sententia, quam ex verbis. » L. 6, § 1, de verb. sign. conf. Dirksen, Beytræge, p. 312-315.

[10] Tit. D. cit. (4, 7).

[11] L. 8, § 1, D. eod.

[12] L. 1 pr. § 1, L. 2, 3, 4, § 1, eod.

[13] L. 1, eod.

[14] L. ult. eod. fin.

[15] Voy. *infra*, § 163, note 11.

reste, ils employaient, pour désigner l'époque qui précédait la *litiscontestatio*, l'expression *mota controversia*, tout en reconnaissant cependant qu'à cette époque le rapport juridique des parties, en règle générale, n'éprouvait encore aucune modification pratique [16].

Quant à d'autres effets de la litispendance qui peuvent encore se rencontrer, ils seront signalés à l'occasion des points de doctrine auxquels ils se rattachent; tel est, par exemple, l'effet de la solvabilité ou de l'insolvabilité des cofidéjusseurs sous le rapport du bénéfice de division régi par le rescrit d'Adrien [17].

IV. *De ce qui remplace ou modifie la L. C.*

§ CXXV. — *Des interrogationes in jure* [1].

Pouvaient aussi servir à la préparation du *judicium* des interrogations faites *in jure*, auxquelles le défendeur était obligé de répondre; mais il ne faut pas les confondre avec les interpellations solennelles des actions de la loi [2]. Ce qui concerne les interrogations repose sur un édit du préteur [3]. Ainsi, lorsqu'une personne était poursuivie, comme héritière d'un débiteur, par la *condictio certi*, le demandeur avait le droit d'exiger d'elle qu'elle déclarât si elle était héritière, et pour quelle part [4]; il fallait bien, en effet, que le demandeur pût s'assurer s'il n'intentait pas cette action inutilement [5], et s'il ne s'exposait pas aux suites fâcheuses de la plus-pétition [6]. Le dé-

[16] Voyez cependant § 122 *in fine*, *infra*, et la L. 7, de inoff. test. (5, 2), où la querelle d'inofficiosité est présentée comme devenant transmissible par suite d'un simple *præparare*.

[17] Voy. *supra*, § 95, note 10.

[1] D. de interrog. in jure faciendis, et interrogatoriis actionibus (sublatis *Hal.*) (11, 1).—Jo. Wybo, de int. in jure, L. B. 1732, 8.—Hollweg, Vers. p. 276 et suiv.

[2] Comme *postulo*, *anno dicas*, etc. Voy. *supra*, § 40.

[3] L. 2, L. 4 pr. L. 11, § 5, D. h. t.

[4] L. 1 pr. L. 2, 3, 5, 6; L. 9 pr. § 1, 3, 4, 5, 7; L. 11, § 1, 2, 3, D. h. t.

[5] L. 2, 3, D. h. t.

[6] L. 1 pr. h. t. conf. avec § 178, *infra*. Conf. aussi Senec. ep. 48 : « Quid aliud agitis, quam eum, quem interrogatis, scientes in fraudem

fendeur *vel confitendo, vel mentiendo*, contractait une obligation comme par un contrat [7]. En effet si, sans être héritier, il s'attribuait cette qualité, il était tenu comme s'il était réellement héritier, et pour la part qu'il avait énoncée; son aveu était considéré comme véridique [8]; toutefois, de même que dans les contrats et la *litiscontestatio*, il ne tenait lieu de vérité qu'entre les parties [9] et ne nuisait qu'à lui personnellement [10]. Si, étant héritier, il répondait l'être pour une plus grande part qu'il ne l'était réellement, il était condamné *in solidum* [11], comme l'était celui qui ne voulait pas répondre du tout, ou qui répondait d'une manière ambiguë; sa réponse [12], passant dans une formule, acquérait un caractère d'irrévocabilité, et une telle action s'appelait *interrogatoria* [13]. Au reste, l'interrogation devant être faite *in jure*, soit par l'intermédiaire du préteur,

inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? » De là, en se référant aussi à la L. 1, § 1, eod., on a conclu qu'il y avait aussi des interrogations extrajudiciaires, et que le défendeur pouvait lui-même adresser des questions au demandeur pour le faire tomber dans le piége de la plus-pétition; que l'édit du préteur n'a eu pour but que de réprimer ces abus (Wybo, c. 3) p. 31 et suiv. Glück, comm. t. 11, p. 247 et suiv. Voy. *infra*, note 13. (Mülenbruch, doctrina pand. § 143, note 12, admet aussi qu'il n'y avait que des *interrogationes in jure*. E.)

[7] L. 4 pr. L. 9, § 3. L. 11, § 9, eod.

[8] L. 6, § 1; L. 11, § 1, 2; L. 12, pr. eod.

[9] L. 20 pr. eod. Quant aux représentants, voy. L. 20 pr. cit. L. 9, § 3; L. 4, L. 18, eod, L. 39, de proc. (3, 3); voy. au chapitre suivant, et Hollweg, note 65.

[10] L. 11, § 1, h. t.

[11] L. 11, § 4-7, eod. C'était au demandeur à le convaincre de mensonge. L. 18, § 2, de prob. (22, 3).

[12] L. 9 pr. h. t. Si sine interrogatione quis responderit, *se heredem*, pro interrogato habetur.

[13] Rubr. et L. 1, § 1, L. 22, eod. La L. 1 : « Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, etc. » a été interpolée; conf. A. Faber, Rational. ad l. cit. Wissenbach emblemata Tribon. Au contraire, Wybo, p. 51 et suiv. et Glück, p. 255, 288 et suiv. expliquent ce texte en disant que les interrogations extrajudiciaires ont été supprimées, les autres ayant dû être maintenues, puisqu'on les rencontre encore dans les Pandectes. Mais il est plus simple d'admettre que ce sont les actions interrogatoires, et non

soit par la partie directement [14], il fallait pour cela se présenter au tribunal [15], quoiqu'il pût se faire qu'on ne procédât pas immédiatement à la *litiscontestatio ;* car l'interrogé pouvait obtenir un délai pour répondre [16], de même qu'il pouvait arriver que l'interrogé dût répondre sur-le-champ [17].

Les *interrogationes in jure* n'ont eu originairement pour objet que de parvenir à obtenir d'une personne une déclaration sur la qualité d'héritier ; mais on est allé plus loin : ainsi, lorsque le demandeur voulait interroger son adversaire sur la question de savoir s'il était héritier en vertu d'un testament ou à un autre titre, le préteur pouvait, après avoir examiné (*summatim cognoscere*) l'intérêt que présentait une telle question [18], accorder ou refuser l'autorisation de l'adresser. La pratique introduisit pour d'autres objets encore l'*interrogatio in jure*. Ainsi, pour l'action noxale et *de pauperie*, le demandeur interrogeait son adversaire pour savoir s'il avait la *potestas* sur le fils ou l'esclave qui avait commis le délit, s'il avait la propriété du quadrupède qui avait causé du dommage [19] ; si cet adversaire refusait de répondre, ou donnait une réponse négative mensongère, il encourait une condamnation *in solidum*, c'est-à-dire sans faculté d'éviter le paiement de la condamnation par l'abandon noxal [20]. S'il donnait une réponse affirmative mensongère, il libérait le vrai propriétaire [21] ; car l'esclave avait trouvé un défendeur. Dans l'action en revendication, celui qui *liti se obtulit* se trouvait déjà engagé en conséquence de la *cautio judicatum solvi* qu'il était obligé de fournir ; ainsi il était obligé,

les interrogations, qui ont été supprimées ; et l'on conçoit que les actions interrogatoires aient disparu avec le *judiciorum ordo*.

[14] L. 9, § 1 ; L. 11, § 9 ; L. 22, D. h. t.

[15] L. 4, § 1, eod.

[16] L. 5, 6, eod.

[17] L. 1, § 12, de succ. ed. (38, 9).

[18] L. 9, § 6, h. t.

[19] L. 7, 8, 15, D. h. t.

[20] L. 17, eod. L. 1, § 15, si quadr. (9, 1). L. 22, § 4 ; L. 26, § 5, de nox. act. (9, 4).

[21] L. 8, § 20 pr. D. h. t. L. 26, § 3, de nox. act.

sans avoir subi une interrogation proprement dite sur la question de savoir s'il possédait, et pour quelle portion ; à plus forte raison pouvait-on l'interroger à ce sujet [22]. Si le défendeur niait être possesseur, et était convaincu de mensonge, on envoyait en possession de la chose litigieuse le demandeur, lequel alors prenait le rôle de défendeur [23]. De même celui qui voulait stipuler la caution *damni infecti* [24] avait le droit de demander à son adversaire s'il était propriétaire, et pour quelle part : à la fin il dépendait de l'équité du magistrat de décider si dans tel ou tel cas l'interrogation était permise [25].

Dans ces divers cas, nous voyons que l'interrogation ne portait que sur des points de fait qui ne constituaient pas le fondement de l'action ; il en est autrement de la *confessio in jure* et du serment, ainsi qu'il sera expliqué dans les paragraphes suivants. Toutefois, l'interrogation tendait à faire constater les faits nécessaires pour intenter l'action, pour la légitimer [26]. C'est pour cela sans doute qu'elle pouvait aussi avoir pour objet la question de savoir si quelqu'un avait un pécule et de combien il était [27] ; un tel fait ne portait pas sur l'*intentio*, mais sur la condamnation [28].

Au reste, quoique la réponse eût été faite, elle n'obligeait

[22] L. 20, § 1, D. h. t.

[23] L. 20, § 1, cit. L. 80, de rei vind. (6, 1). Nov. 18, c. 10, *supra*, § 85, Hollweg, p. 282, note 73.

[24] L. 10, L. 20, § 2, D. h. t. (M. Bonjean, l. c. p. 490, dit que le demandeur avait le droit d'interroger son adversaire, lorsqu'il lui intentait *une action damni infecti*. C'est évidemment un *lapsus ;* il a voulu parler de la caution *damni infecti*. M. Bonjean sait bien, en effet, qu'il n'y a pas d'*action damni infecti*. E.)

[25] L. 21, D. h. t. conf. avec L. 11 pr. eod. Branchu, obs. Dec. 2, c. 15, p. 100. Hollweg, p. 278. Cependant cette L. 21 est expliquée tout autrement par plusieurs auteurs ; voy. Glück, t. 11, p. 250, note 27. (L'âge du défendeur pouvait donner lieu également à une interrogation, d'après la L. 11 pr. qui vient d'être citée. (E.)

[26] Hollweg, p. 122.

[27] L. 9, § 8, D. h. t.

[28] Voy. *supra*, § 121, note 16.

point celui qui y avait été provoqué par une interrogation, si le fait qui en était l'objet était physiquement ou juridiquement impossible [29]: dans tout autre cas cette réponse obligeait irrévocablement; elle ne pouvait être rétractée que *ex justa causa*, et même au moyen d'une restitution en entier, lorsque la *litiscontestatio* avait déjà eu lieu [30].

§ CXXVI. — *De la confessio in jure* [1].

L'aveu qui était le résultat d'une interrogation avait bien moins d'importance et de portée que l'aveu judiciaire qui était spontané. La disposition de la loi des XII Tables concernant l'aveu d'une dette de somme d'argent avait conservé tout son empire sous le système formulaire, et fut consacrée par l'édit du préteur d'une manière générale: « *Confessi pro judicatis habentur* [2]. » Par là il faut toujours entendre les *confessi in jure* [3]. Dans l'origine, ce principe ne s'appliquait qu'aux obligations tendant à un *dare*, et même, d'après la loi des XII Tables, tendant à une *certa quantitas*. Dans ce cas le débiteur qui avait avoué sa dette était contraint au paiement sans *judicium* [4], sans qu'il y eût pour lui moyen de se pourvoir [5], de la même manière qu'un *judicatus* [6] et avec le même délai [7]. Si l'aveu ne portait que sur un autre *certum* ou sur un *incertum*, le magistrat devait presser le défendeur de préciser une somme

[29] L. 13-16, D. h. t. v. *infra*, § 126.

[30] L. 11, § 8, 10, 11, 12 pr. D. h. t.

[1] Tit. de confessis, D. 42, 2. C. 7, 59. — Les notes sur Paul II, 1, § 5, v. 5 a, § 2-5, dans Schulting. — Hollweg, Vers. p. 259 et suiv.

[2] Paul, v, 5 a, § 2. L. 1, 3, 4, 6 pr. § 1, 2, D. h. t. L. 4, C. de rep. her. (6, 31).

[3] L. 56 f. de re jud. (42, 1). L. un. C. h. t.

[4] Paul, II, 1, § 5. L. un. C. cit. Hollweg, p. 263, note 17.

[5] Ni par le *in duplum revocare*, ni par l'appel, voy. Paul, v, 5 a, § 2, v. 35, § 2. Voy. *infra*, § 168.

[6] L. Gall. Cisalp. c. 21, 22. Paul, v, 5 a, § 4. L. 31, de re jud. L. 9, C. de exc. rei jud. (7, 53). L. 8, D. de cess. bon. (42, 3).

[7] Paul, v, 5 a, § 2. L. 6, D. h. t. L. 21, de jud. (5, 1). L. 71, § 2, de leg. 1 (30). L. 31, D. cit.

certaine [8]; car sans cela le *judicium* ou la condamnation aurait pu s'élever au delà de ce que le défendeur avait entendu avouer. Bientôt fut aussi obligatoire l'aveu portant sur l'un des cas de la loi Aquilia, et sur une *certa res* demandée par suite d'un legs *per damnationem* [9]. Ces deux actions sont les seules dans lesquelles *lis infitiando crescit in duplum* (v. § 179, *infra*), quoiqu'elles n'aient pas pour objet d'abord une somme d'argent, comme cela a lieu pour les actions *judicati et depensi*. Si le défendeur se refusait à préciser la somme après avoir avoué son obligation, le magistrat nommait un juge, non pour examiner s'il y avait obligation, mais pour procéder à l'estimation de la chose jugée [10]. Ainsi, dans ce cas, l'aveu passait dans la formule avec un caractère d'irrévocabilité; l'action devenait *confessoria actio* [11], et n'avait plus pour but que cette estimation [12]. Enfin ces principes se sont étendus à toutes sortes d'actions sans aucune distinction, en vertu d'une *oratio D. Marci* « OMNE OMNINO *quod quis confessus est* [13]. » Dès lors il put même y avoir une action arbitraire fondée sur une *confessio*, c'est-à-dire que le juge pouvait avoir la mission de ne s'occuper de l'estimation que si le défendeur ne voulait pas restituer, exhiber, etc. [14].

Du reste l'aveu du défendeur, de même qu'une réponse à une *interrogatio*, ne pouvait nuire aux tiers [15], et ne pouvait avoir d'effet entre les parties qu'autant qu'il était fait *in jure*, les

[8] L. 6 pr. § 1, D. h. t. —Urgeri debet, ut certum confiteatur, item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur. L. 4; C. de rep. her. (6, 31).

[9] L. 4, D. h. t. L. 23, § 10, 11, L. 24, 25, 26, D. ad leg. Aqu. (9, 2). L. 20 pr. de int. in jur. (11, 1). L. 71, § 3, de leg. 1 (30). L. 61, ad leg Falc. (35, 2).

[10] L. 25, § 2, L. 26, ad leg. Aquil.

[11] L. 23, § 11, L. 24-26, ad leg. Aquil. L. 20 pr. de int. in jure. L. 4, D. h. t.

[12] Conf. L. 3, 5, D. h. t. Holweg, p. 265 et suiv.

[13] L. 6, § 2, h. t. L. 56, de re jud.

[14] L. 6, § 2, cit.

[15] L. 20 pr. de int. in jur.

deux parties étant présentes [16]. Une erreur de fait n'empêchait pas l'aveu de produire tous ses effets [17], pourvu cependant que « *quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potuit* [18], » absolument comme lorsqu'il s'agissait d'une sentence. Dans tous les cas il fallait que l'aveu fût relatif à des rapports desquels les parties eussent la libre disposition [19]; ce qui est vrai aussi pour le serment, précisément parce que celui-ci aussi tenait lieu de transaction [20]. Sous ce point de vue, la sentence avait des effets moins restreints que la *confessio* et le serment, parce qu'elle n'était pas l'œuvre des parties [21].

La *confessio*, ainsi que nous l'avons présentée, se distingue de la déclaration provoquée par une interrogation, en ce qu'elle porte précisément sur l'obligation du défendeur, sur le *dare oportere*, le *debere*, le *rem ejus esse*, l'*occidisse*, le *vulnerasse;* aussi l'*interrogatus* n'était jamais traité comme un *judicatus* [22]. D'autres aveux que ceux que nous avons mentionnés pouvaient bien être faits devant le magistrat, mais ne produisaient pas le même résultat, ils ne devenaient pas l'objet d'une formule [23]. Si le demandeur avouait le bien fondé d'une exception, l'action était refusée; si le défendeur avouait le bien fondé d'une réplique, l'exception n'était pas admise [24]. En général, tout autre aveu fait, soit *in jure*, dans les actions *extraordinaires*, soit *in judicio*, soit extrajudiciairement, avait le même caractère, savoir : il ne constituait pas un droit, n'était pas regardé par conséquent comme à l'abri de toute attaque; il pouvait seule-

[16] L. 6, § 4, D. h. t.

[17] Sur la L. 2, D. h. t., v. Hollweg, p. 271.

[18] L. 14, § 1, D. de int. in jur. conf. avec L. 23, § 11, L. 24, 25 pr. ad leg. Aquil. L. 4, 8, D. h. t.

[19] Arg. L. 6, 24, 39, C. de lib. caus. (7, 16). L. 27, D. de statu hom.

[20] L. 2, L. 31 f. D. de jurejur. (12, 2). Voy. *infra*, § 127.

[21] Voy. *infra*, § 137 bis. La collusion donnerait lieu à l'annulation de la sentence.

[22] C'est pour cela que le titre *de inter. in jure* n'est pas placé, comme celui *de confessis*, à la suite du titre *de re judicata*.

[23] Hollweg, p. 270.

[24] Voyez *supra*, §§ 49 et 92.

ment avoir plus ou moins de poids pour la découverte de la vérité [29]; il appartient donc à la théorie des preuves.

§ CXXVII. — *Du serment déféré devant le magistrat* [1].

La *litiscontestatio* peut aussi être remplacée par une délation de serment, qui constitue les parties dans des rapports semblables à ceux de l'aveu et de la sentence [2]. Il est probable que les parties avaient le droit de se déférer le serment réciproquement, et qu'une telle délation avait un effet juridique [3] déjà avant que le préteur n'eût admis dans son édit : « *Si is cum quo agetur, conditione delata, juraverit.... ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo* [4]; » puis il ajoute : « *Eum a quo jusjurandum petitur, solvere aut jurare cogam* [5]. » Nous avons vu que l'une des parties n'était obligée de répondre qu'à certaines interrogations; mais on était astreint de se soumettre à toute délation de serment, lorsqu'elle était faite *in jure* [6]. Nous ne savons pas si l'édit entrait dans de plus grands détails à ce sujet. La pratique et la doctrine ont admis, dans cette matière, les principes suivants :

1° Une partie peut déférer à l'autre le serment sur l'action elle-même, tout aussi bien que sur les points de fait qui en

[29] Conf. § 132, *infra*, et Hollweg, p. 283 et suiv. p. 288 et suiv.

[1] D. de jurejur. sive voluntario, sive necessario, sive judiciali (12, 2). C. de reb. cred. et jurej. (4, 1). — J. Fr. de Malblanc. doctrina de jurejurando, ed. 2. Tub. 1820, p. 70, sqq. — Heffter Inst. p. 195 et suiv.

[2] L. 56, de re jud. Post rem judicatam, *vel jurejurando decisam*, vel confessionem in jure factam nihil quæritur.

[3] Lorsque Cicéron, *de Off.* III, 31, invoque la sainteté du serment chez les anciens, et cite à ce sujet la loi des XII Tables; lorsque Aulu-Gelle parle de cette sainteté du serment, VII, 18, ils n'ont pas en vue un serment dans une espèce donnée, ni le serment judiciaire spécialement; et, dans tous les cas, on ne peut pas conclure de là que la loi des XII Tables ait contenu une disposition spéciale pour sanctionner le serment privé. Voy. Dirksen, XII, Taf. p. 635-637.

[4] L. 3 pr. L. 7 pr. D. h. t.

[5] L. 34, § 6, eod.

[6] L. 3, § 1, D. h. t. avec la note 7.

sont le fondement, qu'ils soient posés d'une manière positive ou d'une manière négative, ainsi : *Dare mihi oportere*, ou *non oportere; domino dari non oportere; rem (fundum, hereditatem, usumfructum) meam esse, petitoris non esse, nihil præstari oportere; mihi deberi; in potestate mea non esse; mulierem prægnantem esse, non esse; furtum se non fecisse; furtum sibi factum alicujus rei; vendidisse me ei rem centum; ob decem pignori dedisse fundum; rem sibi in dotem dedisse*, etc.[7].

2° Le serment peut aussi être déféré extrajudiciairement[8] (nous verrons au § 150 quand il peut aussi être déféré devant le juge); mais c'est seulement *in jure* que le serment déféré doit être nécessairement prêté : le refus de le prêter devant le magistrat, de la part du défendeur, l'oblige à payer; de la part du demandeur, lui fait perdre son action, à moins que celui à qui il a été déféré n'en soit ensuite dispensé par son adversaire (*remittit*), ce qui équivaut à paiement[9], ou à moins qu'il ne l'ait référé lui-même (*referre*), ce qui est permis en règle générale[10]. Si la partie à laquelle le serment a été référé ne veut pas le prêter, elle encourt les conséquences inverses de celles qui auraient été encourues si le serment primitivement déféré avait été refusé[11]. On peut aussi demander à celui qui a déféré le serment de jurer lui-même qu'il ne le défère pas par esprit de chicane (*de calumnia*)[12]. Il est des personnes qui sont dispensées de prêter le serment déféré[13]. Du reste, c'est

[7] L. 3, § 2, 3, L. 9, § 1, 3, 5, 6, 7, L. 11 pr. § 1, 2, 3, L. 13 pr. § 1-6, L. 14, 23, 25, L. 26, § 1, L. 28, § 2, § 5-10, L. 29, L. 30, § 1, 2, 4, 5, L. 39, L. 42 pr. § 1, 2, D. h. t. L. 25, § 1, D. de const. pec. (13, 15).

[8] L. 28, § ult. L. 9 pr. L. 29, D. h. t.

[9] L. 6, L. 9, § 1, h. t.

[10] Conf. L. 11, § 3, L. 12, 13, D. h. t.

[11] L. 25, § 1, de const. pec. — Quia nemo dubitabat moderatius facere qui referat, quam ut ipse juret. L. 38, D. h. t. L. 8, 9, C. h. t.

[12] L. 34, § 4, 7, L. 37, D. h. t. L. 25, § 3, de prob. (22, 2). L. 9, C. h. t. voy. § 180.

[13] Dans Aulu-Gelle, x, 15, il est fait mention de l'édit prétorien suivant : *Sacerdotem, Vestalem et flaminem Dialem in omni mea jurisdic-*

au magistrat qu'il appartient de décider de la dispense du serment, de sa convenance, et de la manière dont il doit être conçu [14]. Mais, en règle générale, il doit contraindre à *solvere aut jurare;* le préteur ne peut pas autoriser à refuser le serment par le motif que celui à qui il a été déféré offre de prouver le contraire [15].

3° La prestation du serment extrajudiciaire dépend de la volonté des parties ; mais il produit le même effet que s'il avait été déféré et prêté *in jure*.

Par là l'ancienne action se trouve consommée au moyen de l'exception *jurisjurandi* [16], comme elle l'aurait été par la *litiscontestatio* ou la sentence des *judicia imperio continentia;* et

tione jurare non cogam. Les pupilles aussi ne peuvent être astreints au serment. L. 26, L. 34, § 2, L. 42, D. h. t. Des motifs de piété pouvaient aussi en dispenser. L. 14, D. h. t.

[14] L. 34, § 5, 8, D. h. t.

[15] On admet communément que, chez les Romains, celui à qui le serment était déféré ne pouvait se refuser de le prêter en offrant la preuve, et que Quintilien, I, O. V. 6, a voulu seulement faire apercevoir qu'il serait plus conforme à la raison d'accepter la preuve offerte que de contraindre à la prestation de serment : voy. Glück, t. 12, p. 327 et suiv. de son Comm. et Ge. G. Lueder, de origine et fundamento probationis pro exoner. conscientia, Gott. 1827, 8, p. 1-49. Malblanc, § 59, p. 150 et suiv., prétend le contraire. — Goldschmidt, Abh. p. 70 et suiv., et Linde, Abh. t. 1, p. 76-78, ont commencé à soutenir l'opinion contraire à celle que nous admettons. — Voici ce que nous croyons devoir admettre à ce sujet. Il ne s'agit pas devant le magistrat d'administrer des preuves ; le serment qui s'y fait n'a pour but que de constituer un droit, et c'est ce qu'a voulu l'édit prétorien ; celui à qui le serment est déféré, conformément à cette idée, ne peut donc échapper au serment par une preuve. Au reste celui qui peut prêter ou référer le serment n'a pas à se plaindre, L. 34, pr. D. h. t. — Mais *in judicio* il en est autrement : ici le serment n'est qu'un des moyens destinés à la découverte de la vérité ; et comme les moyens d'instruction doivent être abandonnés à la sagesse du juge, il doit dépendre de lui de permettre la délation, il peut le déférer lui-même, ou permettre la preuve à celui à qui le serment est déféré. C'est donc du serment déféré *in judicio* que l'on doit entendre le passage de Quintilien.

[16] L. 30, § 3, D. h. t. — consumit actionem. — L. 28, § 4, 6, 7 — licet per aliam actionem eadem quæstio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat, § 8, 9, L. 30, § 4, L. 31, D. h. t.

même il ne reste plus de l'ancienne obligation aucun lien naturel [17], il y a à la place un nouveau rapport fondé uniquement sur le serment [18]. Sous ce rapport le serment remplace donc la *litiscontestatio* [19]; on ne peut l'exiger que de celui qui *cogitur judicium accipere* [20]; comme la *litiscontestatio*, il perpétue une action temporaire [21]; comme la formule, il est rédigé par le magistrat d'après le vœu des parties [22]; le droit sur lequel il porte ne donne plus lieu à une action [23]; bien plus, une *litiscontestatio* sur ce droit est devenue inutile [24]. Mais il faut pour cela que la somme due ait été fixée par le serment; sans quoi une action serait encore donnée [25], mais seulement dans le même but que l'action *interrogatoria*, ou l'action *confessoria* [26]. L'action que l'on donne alors est l'ancienne action [27],

[17] L. 40, D. h. t. — efficit, ut pignus liberetur, est enim acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit. — L. 43, de cond. ind. (12, 6). L. 27, D. h. t. Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

[18] De là, dans la L. 26, § 2, h. t. — ex numero esse potest videri *novandi delegandive*; — quamvis habeat et instar judicii. L. 21, 27, L. 28, § 1, eod. L. 17, § 2, eod. L. 30, pr. D. eod. L. 4, C. h. t.

[19] L. 28, § 2, de jud. (5, 1).

[20] L. 28, § cit. L. 34, § 3, D. h. t.

[21] L. 9, § 3, eod.

[22] L. 34, § 5, eod.

[23] L. 7, L. 9, pr. eod. postquam juratum est, *denegatur* actio. L. 11, § 3, eod. Si — juravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate *pronuntiatum esset*. L. 31, D. h. t. Ce n'est que lorsqu'il est douteux s'il y a eu serment, que l'on donne l'action de *jurejurando*, ou l'exception *jurisjurandi*, L. 9, pr. cit.

[24] Keller, p. 50 et suiv.

[25] L. 9, § 7, D. h. t. Si petitor juraverit, possessore deferente, rem suam esse, actori *dabitur actio*. L. 11, § 2, L. 13, § 3, eod. L. 7, § 7, de Publ. in rem (6, 2).

[26] D'après la L. 9, § 2, D. h. t. « Si damnetur quis post jusjurandum ex famoso judicio, famosum esse magis est; » et d'après la L. 30, pr. D. h. t. « Qui juravit, ex ea actione, quæ infiiciando crescit, aliquid sibi deberi, simpli non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait; — et potest dici, *hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.* »

[27] L'action temporaire auparavant, était devenue *perpetua*, note 21; et lorsque le serment avait eu pour but *fundum suum esse*, il interrom-

mais d'une manière utile, comme action *fictitia*, puisque ce qui a été affirmé par serment doit être tenu pour vrai [28].

4° Par analogie avec l'action *judicati*, il peut y avoir une action tendant à constater *an juratum sit*, posant la même question à résoudre que l'exception *jurisjurandi* [29]; aussi dit-on : « *jusjurandum* (comme la *confessio*) *vicem rei judicatæ obtinet* [30]. » Il y a cela de particulier à l'égard de la *confessio*, qu'elle ne peut pas donner lieu à une action semblable à l'action *judicati* ou à l'action *jurisjurandi*; en effet, il n'était pas possible que la preuve de l'existence d'une *confessio* obligatoire dépendît de faits douteux ou de circonstances nouvelles à juger [31]. Mais lorsque le *judicatum* ou le serment n'avaient pas besoin eux-mêmes d'une semblable constatation, il n'y avait absolument aucune différence entre ces derniers et la *confessio*.

5° Le serment peut être déféré non-seulement sur le fondement de l'action, mais encore sur le fondement de l'exception.

6° Le serment étant la conséquence de la volonté des parties [32], il ne peut produire d'effet qu'à l'égard des mêmes personnes qui pourraient se trouver liées par un aveu, une *litiscontestatio* ou une sentence [33], et il ne peut porter que sur

pait la *longi temporis præscriptio* comme la *litiscontestatio*, L. 13, § 1, h. t. Une autre manière de voir à ce sujet est indiquée par Unterholzner, Veriæhrungslehre, t. 2, p. 76.

[28] L. 11, § 3, h. t. voy. note 23, et en outre : *perindeque* haberi, quod juratum est, *atque si probatum esset, idcirco utilis actio* mihi competit. L. 13, § 5, eod. L. 30, § 2, eod. Si mulier juraverit decem dotis sibi deberi, tota ea summa præstanda est; sed si juravit decem se dedisse in dotem, hoc solum non erit quærendum, an data sint, sed (au moyen d'une action utile) *quasi data sint*, quod ex eo reddi oportet, præstandum erit.

[29] L. 9, § 1, D. h. t.

[30] L. 1, pr. D. quar. rer. act. non dat. (44, 5). L. 26, § 2. L. 35, § 1, D. h. t. L. 8, C. h. t. — Ad similitudinem judicati in factum actio competit.

[31] Hollweg, p. 263, note 17.

[32] L. 2, L. 26, § 2, D. h. t.

[33] L. 7, § 7, du Publ. (6, 2). L. 9, § ult. L. 10, 11, pr. D. h. t.

des *causæ pecuniariæ* [34], c'est-à-dire sur des objets susceptibles de transaction. L'effet produit par le serment était même plus irrévocable que celui du jugement, puisque celui-ci pouvait quelquefois être rétracté, par exemple lorsque de nouveaux titres avaient été découverts [35], tandis que l'objet du serment se trouvait désormais à l'abri de toute atteinte; et quand même la fausseté du serment aurait été démontrée, cette fausseté ne pouvait donner lieu qu'à une action criminelle. L'opinion de Labéon, qui voulait que dans ce cas on donnât une action de dol dans l'intérêt privé de celui que le serment avait lésé, n'obtint pas faveur; Julien ne voulait pas même que l'exception *jurisjurandi* pût être paralysée par la réplique de dol [36].

7° Le lieu où le serment doit être prêté est *in jure*, à moins que des circonstances particulières ne permettent le *domum mitti*, c'est-à-dire, de recevoir le serment à domicile [37]. Il n'est pas nécessaire que la personne qui prête le serment invoque la Divinité; les parties sont libres d'admettre telle forme de serment qu'elles veulent [38].

V. *Du temps où se rendait la justice.*

§ CXXVIII. — *Des époques.* — *De la durée.*

Les divers actes nécessaires à la constitution du *judicium* se faisaient *pro tribunali*, par conséquent aux jours de sessions (§ 6, *supra*), à des époques déterminées de l'année auxquelles il n'y avait pas non plus *vacatio* pour les juges; ces époques étaient ce qu'on appelle, pour Rome, *rerum actus* [1], et, pour

[34] Paul, II, 1, § 1. L. 34, pr. D. h. t.

[35] L. 31, D. h. t. Conf. § 168, *infra*.

[36] L. 21, 22, D. h. t. L. 15, D. de exc. (44, 1). L. 1, C. h. t. § 4, J. et Th. de exc. (4, 13).

[37] L. 15, D. h. t.

[38] L. 5, pr. D. h. t.—Omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, et si ex eo fuerit juratum, prætor id tuebitur. L. 13, § 6, L. 33, eod.

[1] Gaius, II, 279, dit: « *De fideicommissis semper in urbe jus dicitur, de legatis vero,* CUM RES AGUNTUR; » ce qui signifie: « On peut s'occuper des fidéicommis en tous temps, parce que, pour statuer à leur égard, il n'est besoin que du magistrat; mais on ne peut s'adresser au

les provinces, *conventus* [2]. Il fallait bien que le temps où le magistrat donnait des actions coïncidât avec le temps où les juges n'étaient pas en vacances ; car, lorsque la *formula* n'avait de valeur que pendant un délai assez court, le demandeur qui l'avait obtenue devait pouvoir en poursuivre l'application, c'est-à-dire, avoir la possibilité de s'adresser au juge au plutôt. Or, dans les *judicia imperio continentia*, la formule n'avait d'autre durée que celle de l'*imperium* du magistrat qui l'avait concédée ; d'un autre côté, les *legitima judicia*, qui d'abord pouvaient être jugés dans un temps illimité, ne pouvaient plus l'être que pendant dix-huit mois, depuis la loi *Julia judiciaria* [3] : de là cet adage : « *E lege Julia litem anno et sex mensibus mori* [4]. »

magistrat, pour obtenir une action qui exige un juge, qu'à l'époque où le juge lui-même peut statuer. » En effet, le *rerum actus* n'avait pas lieu en tous temps ; c'est ce qui résulte de Suétone, Claud. c. 23, init. Conf. avec Octav. c. 32, f., Galba, c. 14, f. Voy. aussi Casaubonus et Ernesti. On serait tenté de référer ces derniers passages aux *publica judicia* ; mais le texte de Gaius et l'analogie des *conventus* des provinces empêchent de s'arrêter à cette idée.

[2] A l'occasion des *conventus*, on dit : « *forum agere*, » Cic. ad Att. v, 16, ad Div. III, ep. 6 ; on trouve ἀγοραῖοι ἄγονται dans les Actes des apôtres, XIX, 38 ; conf. Püttmann, Miscell. c. 25 ; *tempus, quo causæ agebantur*, voy. Serv. note 6, *infra*. Conf. aussi Lydus, de mensib. c. 9. Festus dit, v. *Conventus*, « *quatuor modis intelligitur—tertio, cum a magistratibus judicii causa populus congregatur* ; » or on croit, avec Ræward. Protribun. c. 16, que ce passage ne concerne que Rome : il faudrait donc en conclure qu'il y avait à Rome un temps de sessions comme dans les provinces, que par conséquent le mot *conventus* s'appliquait aussi aux sessions de Rome. Voy. aussi Théoph. I, 6, § 4 : — τὸν καιρὸν τόν κονβέντου. Voyez aussi Heffter ad Gaium, p. 30. 30. Mais si l'on se reporte à Pline, ep. x, 66 : « *cum citarem judices — conventum inchoaturus*, » il faut admettre que l'expression *conventus* s'applique aux sessions des *publica judicia*, tant dans Pline que dans Festus.

[3] Heffter, Instit. p. 172, note 46, et Obs. p. 97, note 3, pense qu'on retrouve une trace ancienne de ce terme fixé aux *legitima judicia* déjà dans Cic. pro Qu. c. 8. Voyez aussi Linde, Zeitsch. f. civilr. und Proz. t. 2, cah. 1, p. 156.

[4] Gaius, IV, 104, 105. Conf. L. 32, de jud. (v. note 10, *infra*) ; L. 18,

Aussi dans les provinces, où tous les *judicia* étaient *imperio continentia*, au commencement de l'année judiciaire les plaideurs se pressaient-ils en foule pour obtenir une action [5]. Quand il n'y avait pas de raisons particulières pour expédier une affaire avant l'autre, c'était le sort qui décidait de l'ordre à suivre dans l'examen des affaires et la concession des formules [6] : or les raisons particulières qui pouvaient porter le

§ 4, de dolo (4, 3); Keller, p. 145 et suiv. L. 2, de div. temp. præscr. (44, 3); L. 3, § 1, quæ in fraud. cred. (42, 8); L. 30, § 1, ad leg. Aqu. (9, 2). L. 8, § 1, ratam rem (46, 8); peut-être aussi L. 2, jud. solv. (46, 7). L'extinction des *judicia* pouvait toutefois, dans d'autres cas encore, être exprimée par le mot *expirare*; voy. L. 19, L. 24, § 7, sol. matrim. voy. Keller, p. 160 et suiv. — Comme Justinien avait fixé un délai pour la péremption des instances (§ 151, *infra*), plusieurs jurisconsultes pensaient qu'il devait y avoir eu, à plus forte raison autrefois, une péremption d'instance. Voy. Cujas, Obs. XVII, 23, et Recit. in c. pen. X, do jud. A. Faber, Ration. ad L. 18, § 4, cit. Mais, en tous cas, la *præscriptio triennii* (l. *tricennii*) de Sidon. Apoll. VIII, 6, n'avait pas trait à une telle péremption, comme l'a cru Ræward. Var. IV, 14; elle ne concernait que la prescription de trente ans, conf. Dirksen, XII, Taf. p. 632; Keller, p. 143 et suiv. — Brisson. de V. S. v. *Legitimus*, no 15, pense, à cause de la L. 32, de jud., que la loi Julia a la première fixé un *legitimum tempus ad judicandum*; Bynkershoek, au contraire (Obs. VII, 23, voy. note 12), soutient qu'aucun magistrat ne pouvait instituer un *judicium* qui pût avoir une durée plus longue que celle de sa magistrature. Ainsi Brissonius avait raison quant aux *legitima judicia*, et le dernier, quant aux *judicia imperio continentia*. Voy. Dirksen, Beytræge, p. 271-274. Francke, civ. Abh. Gœtt. 1826, p. 74-79. Keller, p. 130-165.

[5] On peut expliquer ainsi, sans admettre le retranchement proposé par Pithou, subsec. lib. 2, c. ult. de *cum erat annus litium*, ce passage de Juvénal, Sat. XVI, v. 42 sq. « Exspectandus erit, qui lites inchoet, annus; » cet autre de Serv. ad Virg. Æneid. II, 102 : « Quia in ordinem diccbantur causæ, propter multitudinem vel tumultum festinantium, *cum erat annus litium.* »

[6] Sur les mots *uno ordine* de Virgile, Servius fait la remarque que nous venons de rapporter; et sur les mots *sine sorte* de Virg. Æn. VI, v. 431, il dit : « Sine judicio. Traxit autem hoc ex more romano. Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ. Nam, tempore, quo causæ agebantur, conveniebant omnes. Unde et Concilium ait. Et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exse-

magistrat à établir une préférence étaient, soit l'éloignement des parties obligées à un déplacement onéreux [7], soit peut-être aussi la nature de l'affaire, comme par exemple les interdits. Comment tout cela pouvait-il se combiner avec la tenue du *conventus* qui ne commençait pas avec l'année? c'est ce qui reste dans les nuages du doute. Quant aux *legitima judicia*, les plaideurs ne devaient pas être aussi empressés, puisque le délai accordé pour faire juger une affaire ne se réglait pas sur la durée des fonctions du magistrat. Celui-ci pouvait, et c'est même ce qu'il faisait ordinairement, fixer un délai plus court pour le prononcé de la sentence, lorsqu'il nommait le juge. Mais aussi ce délai plus court pouvait être prorogé du consentement des parties [8], ou pouvait être renouvelé par le magistrat, quand les parties réclamaient de lui la nomination d'un nouveau juge; on présumait même qu'il y avait un nouveau délai à courir, lorsque cette nomination nouvelle avait eu lieu, si le contraire n'avait pas été exprimé : le *judicium* toutefois devait toujours rester le même [9]. Dans tous les cas, il fallait que le délai légal ne fût pas dépassé [10]; de telle sorte que, lorsqu'un nouveau juge était nommé, le délai fixé par la loi ne se trouvait pas interrompu [11].

Dans les *judicia imperio continentia*, le juge ne pouvait recevoir la mission de juger après la cessation des fonctions du magistrat qui l'avait nommé [12].

Cette péremption d'instance avait donc pour effet d'assigner

querentur. » Cette fin du passage est encore fort obscure. Quant à Virgile, il est certain qu'il parle de tout autre chose.

[7] Voy. § 17, note 7, *supra*. Sid. Apollin. IV, 6, ad fin. « tribue—peregrino celeritatem. » Noodt, de jurisd. c. 10 fin.

[8] L. 2, § 2, L. 32, de jud. L. 13, § 1, de jurisd. (2, 1). — Gell. XII, 13, v. § 3, note 15, *supra*.

[9] L. 76, de jud. Voy. § 119, note 23, *supra*.

[10] L. 32, de jud.

[11] Conf. Keller, p. 139 et suiv.

[12] Il faut restreindre à ces *judicia* la L. 13, § 1, de jurisd. qui a servi, avec la L. 15 pr. de re jud., et la L. 32, de jud., à Bynkershœck pour bâtir sa théorie.

une durée limitée aux actions qui avaient subi la *litiscontestatio*; soit que les actions eussent été perpétuelles auparavant, soit qu'elles ne fussent devenues *perpetuæ* que par suite de la *litis-contestatio*; et il en fut ainsi tant que dura l'*ordo judiciorum*. Mais cette durée relative des *judicia* dut tomber en désuétude dans les provinces, depuis que les empereurs, sans observer les époques ordinaires, y renouvelaient arbitrairement les gouverneurs [13]. Nonobstant cela, il est probable cependant que le gouverneur ne pouvait ordonner à un *judex* de juger après l'expiration de ses fonctions, et que ce n'est que lorsque le juge avait été nommé sans fixation de délai, qu'il pouvait juger après cette expiration [14].

§ CXXIX. — *Du temps où se rendait la justice; des jours fériés* [1].

Avant de passer à l'exposé des actes de procédure devant le juge, il ne sera pas inutile de parler des jours appelés néfastes, qui autrefois portaient le nom de *feriati dies*. Pendant ces jours il était défendu aux magistrats et aux juges de s'occuper d'affaires, de même que jadis il ne pouvait y avoir d'action de la loi [2]. Les *feriæ* étaient de deux sortes : il y avait les *solemnes* (les régulières) et les *repentinæ* [3]. Les premières se composaient de jours de fête [4] (le nouvel an en faisait partie) et des vacances générales, d'institution ancienne, à l'époque des moissons et à celle des vendanges [5]. C'est à ces vacances que

[13] Tac. A. I, 80, IV, 6. Suet. Tib. c. 41.

[14] Ainsi peuvent se concilier les L. 13, § 1, cit. et L. 49, § 1, de jud. conf. avec Binkershoeck, l. c. Keller, p. 162 et suiv.

[1] D. de feriis et dilation. et div. temp. (2, 12). Conf. § 110, *supra*, et § 152, *infra*. — Siccama, de jud. centumv. avec Zepernik, II, 1 fin. p. 124-126.

[2] L. 1-3, L. 5, 6, D. h. t.

[3] L. 26, § 7, ex quib. caus. maj. (4, 6). L. 3, C. de dilat. (3, 11).

[4] Quand les empereurs siégeaient aux jours *nefasti* et *religiosi*, c'était par extraordinaire et arbitrairement, Suet. Claud. c. 14.

[5] Macrob. Sat. I, 16. Suet. Jul. c. 40 avec Plin. ep. VIII, 21. — Gell. IX, 15. — per feriarum tempus æstivarum. Statius Pap. Sylvæ, IV, v. 39 sqq. — L. 1-3, D. h. t.

se réfère la *oratio Divi Marci*. Pendant ces vacances, la justice pouvait cependant être rendue, mais exceptionnellement, lorsqu'il y avait péril en la demeure, et il était permis de procéder à certains actes de juridiction volontaire [6]. Les vacances étaient déterminées, dans les provinces, par les gouverneurs, *ex consuetudine cujusque loci* [7].

Quant aux *feriæ repentinæ*, elles étaient établies extraordinairement (*extra ordinem indictæ*) par le consul, par le préteur ou par l'empereur, à l'occasion d'événements heureux, *in honorem principis*, etc. Ces *feriæ* n'avaient pas toujours du rapport avec les actes judiciaires [8]. Au reste les empereurs avaient soin que les *dies judiciariæ* ne fussent pas en trop petit nombre [9].

En ce qui concerne les heures du jour dans lesquelles la justice pouvait être rendue, le magistrat ne siégeait pas non plus pendant la nuit [10]. La défense faite à ce sujet par la loi des XII Tables (§ 110) était relative au *judicium*; l'on s'y conformait aussi sous le système formulaire, du moins du temps de Cicéron, dans lequel on lit : « *Nox tibi finem dicendi fecit* [11]. » Il paraît qu'il en fut de même également dans la suite [12].

TITRE II. — DES ACTES DE PROCÉDURE DEPUIS LA LITISCONTESTATIO.

§ CXXX. — *Introduction.*

Dès qu'il y a eu *litiscontestatio*, l'instance doit être portée devant un juge ou des récupérateurs. Dans l'action de la loi *per judicis postulationem* et dans celle *per condictionem*, le jour

[6] L. 1-3, D. h. t. Telle est aussi la *plenaria interpellatio*, L. 11, § 6, D. ad l. Jul. de ad. (48, 5). Arg. L. 8, C. de fer. (3, 12).

[7] L. 4, D. h. t.

[8] L. 26, § 7 cit. L. 7 pr. D. de off. proc. (1, 16).

[9] Suet. Octav. 32, Claud. 23. Tac. A. XIII, 41. Capit. Marc. 10 : « Fastis dies judiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret. »

[10] Cependant Auguste « ipse jus dixit assidue, et in noctem nonnunquam, » d'après Suet. Oct. c. 33.

[11] Cic. pro Tullio, c. 6, p. 105 et suiv. ed. H. conf. Huschke, ibid.

[12] Idsinga, lib. varior. c. 9, p. 74 sqq.

où les parties devaient se présenter *in judicio* était arrêté *in jure* (voy. § 42 et suiv.). Cet usage a pu se transmettre au système formulaire, mais il est certain que le défendeur alors ne donnait aucune garantie dans ce but : car le *vadimonium* (*cautio judicio sisti*) n'assurait que la comparution devant le magistrat (§ 112). Quant à la caution *judicatum solvi*, elle ne devait produire son effet qu'après la chose jugée; et d'ailleurs la procédure contre les contumaces prouve encore plus clairement que la comparution devant le juge n'était l'objet d'aucune garantie (voy. § 136, *infra*). Quant au juge, nous avons déjà vu qu'il pouvait se faire assister de conseillers, et que probablement, en acceptant sa mission, il prêtait serment de remplir avec conscience le mandat qui lui était confié (§ 12). Les jurisconsultes romains ont écrit des ouvrages spéciaux sur l'*officium judicis* [1]. En règle générale, un citoyen ne pouvait décliner les fonctions de juge [2]; il n'y avait que quelques cas d'excuse qui pouvaient amener la nomination d'un autre juge à la place de celui qui avait refusé [3]. Il devait statuer (*pronuntiare*) [4] dans un temps donné sur l'affaire qui lui était soumise : en effet, après les débats, il ne pouvait que difficilement être dispensé de rendre une sentence [5]; il pouvait toutefois affirmer par serment *sibi non liquere* [6], et alors la dation d'un autre juge devenait indispensable. Les débats avaient lieu publiquement et oralement; la sentence était prononcée de même [7]. Il n'est pas bien certain que les débats aient commencé par une lecture de conclusions [8]. C'était la formule qui fixait les ques-

[1] Gell. XIV, 2. — Tit. J. de officio judicis (4, 17). Heffter, Inst. p. 229 et suiv. voy. § 131, *infra*.

[2] L. 18. pr. D. de jud. (5, 1). L. 13, pr. de vacat. (50, 5). Cujas, Obs. V, 33.

[3] Voy. § 119, note 23, *supra*.

[4] L. 74 pr. L. 49, § 1, eod. conf. avec § 128, *supra*.

[5] L. 13, § 3, D. de vac. (50, 5), conf. avec § 12, *supra*.

[6] Gell. l. c. L. 36, D. de re jud. (42, 1). Arg. L. 13 f. de rec. (4, 8).

[7] Voy. aussi §§ 133 et 137, *infra*.

[8] Cela avait lieu dans l'*actio sacramenti*, voy. § 38, notes 20 et 21, *supra*. Conf. Gell. V, 10, et Nonius, v. *causam conjicere*.

tions à examiner, et indiquait éventuellement la sentence à rendre. Ici les parties pouvaient, — elles l'avaient déjà pu, lors de la *litiscontestatio*, devant le préteur, — produire les *responsa* que les prudents leur avaient donnés, ou les rescrits que les empereurs leur avaient accordés pour leur cas spécial, lesquels avaient force de loi [9]. Toutefois les premiers n'avaient cette force que lorsqu'ils n'étaient pas combattus par des *responsa* contraires, et les seconds que lorsqu'ils n'avaient pas été obtenus d'une manière subreptice. Décider la question en litige était l'affaire unique du juge [10]; c'est aux parties qu'il appartenait de déterminer sa conviction. Elles devaient se présenter à lui armées de toutes pièces, de leurs preuves directes et de leurs preuves contraires [11]; elles plaidaient devant lui (*causæ peroratio*), à plusieurs fois le plus souvent, de là la *prima* et la *secunda actio* de part et d'autre, comme chez nous les plaidoiries et les répliques [12]; et, lorsqu'il n'était pas encore assez éclairé, le juge ordonnait *causam ampliari* [13]. On ne trouve pas pour les procès civils, comme pour les procès criminels [14], la preuve que les avocats n'aient pu parler que pendant un temps légalement limité; il arrivait souvent que leurs plaidoiries se prolongeaient jusqu'à la fin du jour (*dicendo diem eximerent*), et que par conséquent il fallait remettre à un autre jour au moins la prononciation de la sentence [15]. La seule barrière opposée aux longueurs de la procédure l'était par le préteur, qui fixait un délai pour le *judicium*; il fallait bien alors que le juge, enfermé lui-même dans d'étroites limites,

[9] « Si modo tempus, in quo *allegari* vel *audiri* debent, non sit comprehensum, » dit Claude, dans la L. 2, C. de div. rescr. (1, 23).

[10] L. 79, § 1, de jud. (5, 1).

[11] Macrob. Sat. II, 12, sub fin.

[12] Cic. pro Flacco, c. 20 fin. Arg. Cic. pro Cæc. c. 2, 3, 33. Cic. pro Tull. init. et cap. 6, conf. Huschk, ibid. p. 98 sq.

[13] « *Amplius* de consilii sententia pronuntiare, » conf. Brisson. de form. V, c. 214.

[14] Conf. Cic. pro Quint. 22 et Ge. Chr. Burchardi, de ratione temporis ad perorandum in jud. publicis ap. Roman. Kil. 1820, 4.

[15] Cic. pro Tullio, c. 6, et ibid. Huschke, p. 108.

restreignit, par ses avertissements et même ses ordres, des divagations trop luxuriantes [16]. C'est de lui que dépendaient les remises; il était souvent nécessaire d'en accorder relativement aux preuves [17], et il pouvait en avoir besoin lui-même pour mûrir son avis et prononcer sa sentence [18].

§ CXXXI. — *De la position du juge dans le procès.*

Il était essentiel que les preuves fussent faites devant le juge. L'interlocutoire, que l'on a voulu trouver aussi dans la procédure romaine, résidait tout au plus dans la formule. A la vérité le juge, pour la conduite des procès, rendait quelques décisions préparatoires que l'on qualifie de *interloquutio* [1] : mais ce n'étaient pas des interlocutoires proprement dits; c'étaient encore moins des décrets, puisqu'au magistrat seul appartenait d'en rendre. D'un autre côté, le juge n'avait aucun principe rigoureux à suivre pour l'admission des preuves; car le tout dépendait ici de la question de savoir s'il était convaincu, et non de l'observation de telle ou telle formalité. Sous ce rapport on peut le comparer à nos jurés, mais sous ce rapport seulement. En effet, il dirigeait le procès; il prononçait la sentence, et en la prononçant il ne statuait pas seulement sur le fait; car, quoique lié par l'instruction émanée du magistrat, il n'était pas tellement l'esclave du fait, même dans les cas où les for-

[16] Conf. Cic. pro Qn. c. 9. Plin. ep. VI, 2, et Huschke, p. 105 sq.

[17] Tit. D. de fer. et dilation. voy. *supra*, § 129, note 1. C. de dilation. (3, 11). Conf. L. 36 pr. D. de jud. L. 7, D. h. t. L. 1, C. h. t. Westenberg, de Marcus, c. 4, p. 56 sqq.

[18] Gell. XIV, 2. Arg. L. 13 f. de rec. (4, 8).

[1] C'est par cette expression que l'on désigne une décision rendue, sans *causæ cognitio*, même de la part du magistrat, sur la demande d'une partie; un conseil, une menace ou un avertissement, un ordre tendant à diriger l'exécution, etc. conf. Brisson. v. *interloqui* et *interloquutio*, et L. 3, § 1, D. de off. præf. vig. (1, 15). L. 32, D. de pœn. (48, 19). — Rubr. T. D. de re jud. et de eff. sent. et de *interlocution.* (42, 1). C. de sent. et *interlocutionibus* omnium judicum (7, 45). — Du temps des empereurs chrétiens, on appelait aussi *interlocutoria* l'admission ou le rejet d'une exception, L. 37, 65, C. Th. de app. (11, 30).

mules le renfermaient dans une sphère étroite [2], qu'il ne dût apprécier le droit. Il fallait bien qu'il examinât si le défendeur était obligé de *dare*, si la chose revendiquée était la propriété du demandeur : or, pour cela, il devait nécessairement se reporter aux principes du droit. Dans les actions où il devait principalement avoir égard au *bonum et æquum*, il décidait de l'admission des exceptions ; c'était presque de lui seul que dépendait la sentence à rendre. Enfin toute circonstance postérieure à la *litiscontestatio*, qui devait entrer dans la balance de la justice, était exclusivement de son domaine [3]. Il est donc certain que le juge décidait autant en droit qu'en fait ; seulement une violation patente du droit le soumettait au contrôle du magistrat (v. § 167, *infra*), et ordinairement aussi il recourait à ses conseils lorsque le droit l'embarrassait [4]. La formule peut donc être considérée comme un mandat de juger plus ou moins étendu ; c'est par elle qu'un *privatus* se trouvait investi par une autorité compétente du pouvoir de condamner ou d'absoudre [5], fondé, du reste, sur l'obligation de l'une des parties (§ 120, *supra*). Voilà quelle est la position du juge au point de vue de la formule et du droit positif.

Vis-à-vis des parties, son rôle était le même que de nos jours ; il ne devait prendre en considération que les faits qu'elles lui avaient signalés [6] : car nous ne trouvons nulle part qu'il ait pu s'éclairer sur les faits en dehors des débats, ou même par les renseignements que le hasard aurait pu lui fournir personnellement. Également, de même que le magistrat ne pouvait accorder que les actions ou les exceptions réclamées, de même le juge ne pouvait statuer que sur ce qui avait été demandé.

Tel était l'*officium* du juge dans le sens du devoir ; mais dans un autre sens, il était de l'office du juge, c'est-à-dire, il était

[2] Stahl, über d. Ælt. R. Klagr. p. 15 et suiv.
[3] L. 73, f. de proc. (3, 31). L. 25, § 8, Æd. ed. (21, 1).
[4] L. 79, § 1, de jud. (5, 1).
[5] Varro : « *Judex* quod jus dicit *recepta potestate*. »
[6] Voy. Gell. XIV, 2.

dans ses pouvoirs de prendre en considération des circonstances que la formule ne lui précisait pas [7]. Ainsi, dans les actions de bonne foi, et dans tous les cas où l'instruction du magistrat lui laissait de la latitude à ce sujet, certaines exceptions étaient abandonnées à sa sagesse (*officio judicis*). C'était *officio judicis* encore que, dans toute action, il avait égard aux moyens d'extinction *ipso jure*, dont le fondement toutefois était invoqué par les parties. Par conséquent, à l'office du juge n'appartient pas seulement ce qui est pour lui d'obligation, comme le prononcé de la sentence, l'application des principes du droit, l'observation des règles qui lui sont prescrites dans la formule ou autrement [8].

Le cercle des débats se trouvait tracé par l'*intentio* et par la partie de la formule qui conférait le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Dès lors il était impossible que le litige fût porté sur un autre terrain; des exceptions proposées tardivement ne pouvaient avoir chance de succès [9]. Mais quant aux moyens qui pouvaient être produits *in judicio*, ils n'étaient astreints ni à certaines limites, ni à certaines formes; il était permis de les proposer à toute époque, pourvu que ce fût avant la sentence. Aussi, sous ce rapport, on ne tenait pas rigoureusement, comme chez nous, à des conclusions formelles. Il suffisait que dans les plaidoiries la volonté ou l'intention des parties se fût révélée; le juge suppléait même au vague et à l'imperfection de leurs paroles [10].

§ CXXXII. — *Des preuves* [1].

C'était l'affaire des parties de convaincre le juge de la vérité des faits qu'elles avaient posés, et desquels devait dépendre

[7] Voy. § 130, *supra*, note 1. Fr. J. Stahl ad L. 18, de rei vind. Monach. 1828, 4, p. 8 sq.

[8] Brisson. v. *officium*, n° 4. Gaius, II, 222.

[9] L. 18, D. comm. div. (10, 3): — Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.

[10] L. un. C. ut quæ desunt advocatis partium, judex suppleat (2, 11).

[1] D. de probat. et præsumptionibus (22, 3). C. de probat. (4, 19).

la constatation de leur droit. Celui-là donc devait prouver qui élevait une allégation, « *qui dicit*, *non qui negat*[2]. » Le demandeur devait établir le fondement de sa demande, le défendeur le fondement de ses moyens de défense. Si la demande n'était pas prouvée, le défendeur était absous ; le demandeur gagnait son procès, si son adversaire ne parvenait pas à faire ses démonstrations[3]. Car dire que la charge de la preuve incombe à tel ou tel, c'est énoncer que s'il ne prouve pas il succombe[4]. Telle est la règle générale admise en droit romain et dans tout autre droit ; elle résulte de la nature des choses. Elle a dû exercer son empire à toute époque, avant le système formulaire comme après[5]. Quant à la théorie de ce principe, elle est l'œuvre de la science qui en a également régularisé l'application, et l'a ainsi formulé : « Celui-là seul doit prouver qui élève une prétention. » Or, ce qui concerne cette théorie et son application peut varier[6]. Chez les Romains, l'*onus probandi* ne se présente pas commo une condition préliminaire absolue ; la preuve directe, la preuve contraire, n'y figurent pas comme jouant des rôles bien distincts et tranchés ; les formes, à ce sujet, n'étaient pas rigoureuses. Naturellement le demandeur faisait d'abord valoir tout ce qui pouvait appuyer sa prétention, tout ce qui pouvait énerver les moyens de son adversaire ; puis celui-ci ripostait, ensuite l'autre répliquait, et ainsi de suite, aussi longtemps que le juge le permettait. Il n'y avait non plus aucune autre manière de faire déchoir son adversaire du droit de prouver que celle résultant du refus de la part du juge de consentir à des délais (§ 130, *in fine supra*). Ce n'est qu'après toute l'évolution de la procédure que le juge appréciait qui

[2] Cic. part. or. 30. L. 2, D. h. t. L. 23, C. h. t.

[3] L. 4, C. de edend. (2, 1). L. 2, C. h. t. L. 28, C. de rei vind. (3, 32). — L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6). § 4, J. de int. (4, 15). — L. 12, 19 pr. D. L. 1, 19, C. h. t. L. 9, C. de exc. (8, 36), etc.

[4] L. 62, D. de jud. L. 14, D. h. t. L. 7, § 5, de lib. caus. (40, 12). — L. 18 f. de op. nov. nunc. (39, 1). L. 14, D. de Carb. ed. (37, 10).

[5] Hollweg, Vers. p. 319 et suiv.

[6] Voy. Hollweg, l. c. Abh. 5. Linde, Zeits. f. Civilr. u. Proz. t. 1, abh. 5.

avait dû faire la preuve; c'était la nature du point litigieux et son *arbitrium* qui le déterminaient à accueillir de nouveaux moyens de preuve, ou à déclarer que sa conscience était suffisamment éclairée [7]. Aussi trouve-t-on, en droit romain, si peu de règles générales sur cette matière [8]. La vérité qui était l'objet du *judicium*, c'était une vérité réelle, et non une vérité résultant de l'observation de formalités; c'est pour ce motif que celui qui faisait un aveu devant le juge n'était point considéré comme *judicatus* [9]. L'aveu pouvait même quelquefois être rétracté; et c'était d'ailleurs au juge à voir de quel poids il pouvait être pour la décision : aucune règle n'existait à ce sujet. Il allait de soi cependant que le juge fondât sa sentence sur un tel aveu [10] lorsqu'il était spontané, pourvu que celui qui l'avait fait n'eût pas prouvé, avant la sentence [11], qu'il était le résultat de l'erreur [12].

Les preuves proprement dites se faisaient par témoins et par titres [13]. Les présomptions étaient aussi d'un grand poids; les jurisconsultes romains en avaient fait une nombreuse nomenclature. Le juge était libre de les admettre, à moins qu'une loi ne leur eût conféré de l'autorité; car alors elles servaient de preuves, qui cependant cédaient à la preuve contraire [14]. Il y avait des preuves que l'on qualifiait *evidentissimæ*, *manifestæ*, eu égard à d'autres moins complètes [15]. Les présomptions qui ne pouvaient être détruites par des preuves contraires devenaient des vérités constantes, de véritables principes de droit.

Il n'y a pas besoin d'ajouter que les parties avaient le droit

[7] Gell. XIV, 2. Quinct. I. O. V, c. 1-8.

[8] Hollweg, p. 254, p. 320 et suiv.

[9] Paul, V, 5 a, § 3, avec Arg. L. 7, de conf. (42, 2). Hollweg, p. 284.

[10] Cic. pro Qu. c. 24. L. 5, C. de trans. (2, 4).

[11] L. 7, C. de juris et fact. (1, 18).

[12] Tit. C. de error. adv. (2, 10).

[13] *Convinci* (*quis*, par opposition à *confiteri*) non nisi scriptis aut testibus potest, Paul, l. c.—§§ 133, 134, *infra*.

[14] L. 25 pr. § 1, D. h. t.— Gaius III, 179, conf. avec L. 8, C. de novat. (8, 42), § 3, J. quib. mod. obl. toll.

[15] Brisson. v. *Probatio*.

de chercher à convaincre le juge en invoquant des *præjudicia* (§ 96, *supra*), en tirant des conséquences de faits reconnus (*argumenta*), et en se référant à la notoriété ou à la rumeur publique (*rumores*) [16].

§ CXXXIII. — *De la preuve testimoniale* [1].

Les témoins devaient être désignés d'abord par la partie qui voulait les faire entendre; puis ils étaient cités par l'intermédiaire du magistrat (*evocare*) [2], même quand ils étaient éloignés; enfin, quand ils comparaissaient au lieu où le juge se trouvait pour juger, ils étaient interpellés par les deux parties ou par leurs avocats [3]. Le témoignage par écrit n'était pas interdit (*recitare testimonium*). Ainsi une ville citée en témoignage faisait ses déclarations par écrit; il pouvait en être de même de tout citoyen : car, dans les affaires civiles, il n'y avait pas moyen de contraindre quelqu'un à venir déposer en personne [4]. Mais de tels témoignages inspiraient moins de confiance; et c'est dans ce sens qu'Adrien s'est spécialement exprimé dans un rescrit [5]. Quand une partie craignait de perdre

[16] Quinct. l. c. L. 19, C. de rei vind. (3, 32). L. 2, C. de testib. (4, 20).

[1] Tit. de testibus, Paul, V, 15. D. 22, 5. C. 4, 20.

[2] Ce n'était pas seulement dans les affaires criminelles que le nombre des témoins à citer dépendait du juge, voy. L. 2, § 3, de jud. L. 1, § 2, L. 3, § ult. D. h. t. Suet. Claud. 15, conf. avec § 17, note 7, *supra*.

[3] Quinct. I. O. V, 7. — Brisson. de form. V, c. 205-208. — Il est vrai que la plupart des anciens documents relatifs aux témoignages s'appliquent à des affaires criminelles; mais on suivait les mêmes règles, par analogie, dans les affaires civiles.

[4] On peut déjà conclure indirectement de la loi des XII Tables, que les témoins qui refusaient de déposer relativement aux émancipations où ils avaient figuré, étaient déclarés *improbi intestabilesque*. Il en fut ainsi plus tard dans les affaires criminelles, L. 4, 5. L. 21, § 1, D. h. t. conf. avec Quinct. l. c., où les *voluntarii testes* sont distingués des *necessarii in causis publicis*. C'est dans ce sens qu'il faut entendre les L. 6, § ult. L. 8, 19, D. h. t. où il est question d'excuses pour les témoins. C'est Justinien seulement qui a étendu ces principes aux affaires civiles, voy. § 148, *infra*. Glück, comm. t. 22, p. 164 et suiv. p. 245.

[5] Conf. Cic. Verr. II, 46, 64, 67, III, 31, pro Flacco, 16, 17, pro Archia, c. 4, Aurel. Victor, ar. ch. VI, 8. L. 3, § 3, 4, D. h. t.

des témoins, elle pouvait les faire déposer d'avance devant le préteur, après une courte exposition de l'affaire (*summatim re exposita*)[6]. On indemnisait les témoins de leurs frais de déplacement[7]; ils n'étaient, à cette époque, obligés de prêter serment que lorsqu'ils déposaient dans une cause criminelle[8]. Il n'y avait pas de règle qui déterminât d'une manière formelle le degré de croyance que le juge devait attribuer aux témoignages, ou le nombre des témoins nécessaires pour offrir des garanties de véracité : cela, du reste, était conforme à l'esprit de la théorie des preuves chez les Romains. On se dirigeait, à ce sujet, sur les quelques règles qu'avait établies la doctrine, et qui, dans deux rescrits d'Adrien, sont résumées de la manière suivante : « Le juge doit examiner quelle impression lui est restée des témoignages, le degré de confiance que méritent les témoins, la vraisemblance de leurs dépositions; en cas de contradiction entre elles, il ne doit pas les compter, mais les peser; voir si elles ne sont pas dictées par l'inimitié ou la faveur; faire entrer dans la balance de la justice la réputation, la dignité, la position, la fortune des témoins, leur accord, et enfin tous les autres adminicules que peut fournir l'argumentation pour la découverte de la vérité[9]. »

Quelques règles négatives avaient été aussi établies à cette époque du système formulaire : ainsi on admettait que la déposition d'un seul témoin, tout à fait isolée, ne prouvait rien[10]; qu'on ne pouvait être témoin dans sa propre cause[11]; que les ascendants ne pouvaient être entendus pour leurs descendants et réciproquement, ni l'un contre l'autre, ni les affranchis contre leurs patrons[12]. Le *testimonium domesticum*, c'est-à-dire le témoignage des personnes soumises à la puissance de celui

[6] L. 40, D. ab leg. Aqu. (9, 2).

[7] L. 3, § 4, D. L. 11, 16, C. h. t.

[8] Val. Max. II, fin. Quinct. l. c. n° 5, conf. avec § 148, *infra*.

[9] L. 2, L. 3 pr. § 1, 2, L. 21, § 3, D. h. t. Mittermaier, Arch. f. civ. Prax. t. 5, p. 197 et suiv.

[10] L. 20, D. de quæst. (48, 18).

[11] L. 10, D. h. t.

[12] L. 9, D. eod. Paul, V, 15, § 3. L. 6, C. h. t.

qui l'invoquait, ne pouvait être d'aucun poids, du moins d'abord dans les affaires criminelles [13]. Par suite de la généralisation de la loi *Julia de vi* et de son application aux affaires civiles, les impubères [14], les parjures, ceux qui par un crime s'étaient rendus indignes de confiance, ceux qui s'étaient laissé corrompre, étaient incapables de témoigner en justice [15]. Dans les instructions des *Præsides*, il est dit aussi (*mandatis cavetur*) qu'on ne doit pas admettre le témoignage d'un patron dans une affaire à laquelle il consacre ses soins; et Arcadius Charisius, qui nous a transmis ce renseignement, ajoute : « *Quod et in executoribus negotiorum observandum est* [16]. » D'un autre côté, on pouvait faire entendre des esclaves au moins dans les causes criminelles, et même pour cela leur faire subir la question, et il était permis d'invoquer en sa faveur le témoignage des esclaves d'autrui dans les affaires civiles : au reste le juge y avait tel égard que de raison [17].

L'emploi des experts ou gens de l'art, comme moyen de preuve, était inconnu en droit romain; seulement le juge y recourait quelquefois pour s'éclairer [18].

§ CXXXIV. — *Des preuves par titres* [1].

La preuve par documents, *tabulæ*, *instrumenta* [2], n'était pas

[13] L. 6, 7, D. L. 3, C. h. t.

[14] L. 3, § 5, L. 19, D. h. t.

[15] L. 3, § 5, avec L. 13, D. h. t. L. 16, cod. Paul, v, 15, § 1.

[16] L. ult. D. h. t. Quel est le sens de ces mots? C'est ce qui a donné lieu à des controverses, conf. Nov. 90, c. 8. Heffter, Inst. p. 205 et suiv. note 20. Linde, Zeits. f. civilr. und. Proz. t. 1, cah. 1, p. 285.

[17] L. 7, D. h. t. L. 9 pr. L. 20, D. de quæst. (48, 18). Paul, v, 16, § 2. L. 1 f. C. de quæst. (9, 41). — L. 58, § 2, de Æd. ed. (21, 1). L. 8, § 1, C. eod. Les esclaves ne pouvaient être entendus, dans les affaires civiles, pour ou contre leurs maîtres. Paul, v, 16, § 1, 4, 5. L. 7, D. de prob. (22, 3). L. 1, 12, 15, C. de quæst. (9, 41).

[18] L. 1, § 10, de insp. ventr. (25, 4). — D. si mensor. (11, 6).

[1] D. de fide instrum. et amissione eorum (22, 4). C. de fide instrum. et amiss. cor. etc. (4, 21).

[2] L. 1, D. h. t. Quinct. v, 9.

non plus assujétie à des formes particulières. Les écrits qui ne contenaient que des déclarations de tierces personnes n'avaient, ainsi que nous l'avons déjà dit au paragraphe précédent, qu'une très-mince autorité. Quant à ceux qui étaient l'œuvre de celui qui les avait rédigés dans son intérêt, ils ne pouvaient rien prouver par eux-mêmes [3]; il en était autrement, si ce qui était inséré était l'aveu de son obligation [4]. En général, le juge pouvait ne s'en rapporter qu'à sa sagesse pour apprécier la foi due aux titres. Il n'y avait pas de procédure particulière pour la reconnaissance des actes produits. Tant que leur sincérité n'était pas contestée, on ne pouvait admettre aucun témoignage qui tendît à les révoquer en doute [5]. Lorsqu'ils étaient déniés ou désavoués, on les vérifiait principalement par témoins.

Le demandeur qui avait l'intention de se servir de titres devant le juge, devait, d'après le droit des Pandectes, les produire (*edere*) [6], au moins en copie, lors de l'*actionis editio*. Leur date n'était pas nécessaire, si ce n'est lorsqu'il s'agissait de comptes [7]; les copies faisaient preuve, pourvu que leur conformité avec l'original pût être démontrée [8]. Il n'y avait que le fisc qui devait appuyer sa demande sur des *authentica*, et non sur des *exempla* ou sur des registres (*index*) [9]. Une partie était-elle tenue de produire les titres qu'elle pouvait avoir en sa possession? Il y a sur cette question quelques règles dans le Digeste et le Code [10]. Ainsi, s'agit-il d'un copropriétaire?

[3] L. 5, 6, 7, C. de probat. (4, 19).

[4] L. 26, § 2, D. depos. (16, 3).

[5] Paul, v, 15, § 4.

[6] L. 1, § 3, D. de edend. (2, 13). Almendingen, dans le Magaz. de Grollman, t. 1, p. 293.

[7] L. 1, § 2, D. eod.

[8] L. 67, D. de adm. tut. (26, 7). L. 11, C. h. t.

[9] L. 2, D. h. t. ou Paul, v, 12, § 11. Spangenberg, Arc. f. civ. Prax. t. 2, p. 104 et suiv.

[10] Almendingen, l. c. t. 1, n° vii, t. 2, n° iii. Goldschmidt, Abh. aus dem Civilp. n° vii.

s'agit-il d'une personne ayant avec son adversaire des rapports d'obligation, ou autorisée à intenter l'action *ad exhibendum* contre lui? on applique les principes généraux [11]. Mais personne n'était obligé de produire ses titres à un autre, dans le but seulement de lui procurer un moyen de preuve. Le demandeur lui-même ne pouvait être astreint à communiquer les siens au défendeur qui les invoquait pour appuyer ses exceptions, ou le défendeur au demandeur qui voulait en tirer des arguments en faveur de sa prétention [12]. Seulement dans le prêt d'argent, le défendeur pouvait exiger que le demandeur montrât ses livres de compte (*rationes*) [13].

D'après un édit prétorien, les banquiers (*argentarii*) étaient obligés de communiquer leurs livres datés, soit qu'ils fussent demandeurs ou défendeurs, soit même qu'ils fussent étrangers à la cause; mais celui qui en exigeait la communication devait d'abord jurer *de calumnia*. On avait contre eux, dans ce but, une action *in factum in id quod interest* [14]. Le motif de cette obligation de la part des banquiers était que leurs livres étaient la copropriété de ceux avec lesquels ils étaient en rapport [15], et que leurs fonctions étaient, pour ainsi dire, publiques [16]. Cette obligation a été étendue aux *nummularii* [17].

Quant aux actes publics tant civils que criminels, ils devaient

[11] L. 5, 8 pr. D. fam. erc. (10, 2).—L. 3, § 14, ad exh. (10, 4). L. 10, D. de in lit. jur. (12, 3). L. 4, 6, C. ad exhib. (3, 42).—L. 9 pr. D. h. t. L. 8, pr. D. mand. (17, 1). L. 52 pr. de act. emt. vend. (19, 1). L. 1, § 3, de tutel. (27, 3).—D. de tab. exhib. (43, 5). L. 21, C. de fideic. (6, 42).

[12] L. 1, C. herm. 7. L. 4, 8, C. de ed. (2, 1). L. 7, C. de test. (4, 20).

[13] L. 5, 6, 8, C. de edendo. Glück, Comm. t. 22, p. 117 et suiv., pense que dans tous les cas le fisc avait droit d'exiger de celui qui l'actionnait la production de ses titres; mais cette exception, créée en faveur du fisc, n'était relative qu'au *delator* qui demandait, au nom du fisc, les hérédités vacantes ou les *caduca*. L. 3, D. de ed. L. 2, § 1, 2, D. de jure fisci (49, 14).

[14] L. 4-13, L. ult. D. de edendo.

[15] L. 4, § 1, eod.

[16] L. 10, § 1, eod.

[17] L. 9, § 2, eod.

toujours, d'après un rescrit de Sévère, être mis à la disposition de ceux qui avaient besoin d'y rechercher la vérité [1a].

§ CXXXV. — *Du serment déféré in judicio* [1].

Le juge qui ne se trouve pas encore parfaitement éclairé [2] par les moyens de l'une des parties, peut faire compléter la preuve par le serment [3]. Ce serment est appelé *supplétoire* [4]; il n'a été introduit que par la pratique du juge; il n'y a point toutefois possibilité d'établir suffisamment qu'il n'ait que cette origine [5], car il peut très-bien remonter à une époque même antérieure au système formulaire. Quant à la question de savoir si l'une des parties peut déférer *in judicio* le serment à l'autre, comme moyen de preuve, elle est résolue affirmativement pour le droit de Justinien (§ 150, *infra*), et négativement pour l'époque antérieure à ce droit. En effet, il n'y a que le magistrat qui puisse, en vertu de l'édit, contraindre la partie à laquelle a été déféré un serment, à le prêter ou à le référer (v. § 127, *supra*). Dans tous les cas le serment ne pouvait pas, *in judicio*, être déféré comme *in jure*, sur le droit ou l'absence du droit. La délation et la relation de serment pouvaient bien être permises *in judicio*, mais à l'égard de points de fait seulement, et en vertu de l'office du juge; c'est du moins ce qui paraît avoir eu lieu [6]; et alors, s'il s'a-

[1a] L. 2, C. de edendo.

[1] Conf. § 127, note 1, *supra*.

[2] Lorsque la demande était totalement dénuée de preuve, le juge ne pouvait pas chercher à s'éclairer par un serment, voy. Gell. XIV, 2.

[3] Gajus, L. 31, D. de jurej. (12, 2) : — Solent sæpe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Dioclétien, L. 3, C. de reb. cred. (4, 1): In bonæ fidei contractibus nec non etiam in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

[4] Malblanc, p. 186 et suiv.

[5] Les passages de la note 3 sont les seuls qui en parlent.

[6] En supposant qu'il y ait interpolation dans la L. 34, § 8, 9, D. de jurej. voy. L. 21, de dolo (4, 3), Keller, p. 50, note. Puis L. 25, § 3, de prob. (22, 3). L. 35, pr. de jurej. L. 5, § 2, eod., et spécialement Quinct. I, O. V, 6. Aur. Vict. ars rhet. VI, 8. En outre nous trouvons dans le Dial.

gissait d'un droit matériel à constater, le serment pouvait être décliné par l'offre de prouver. Une partie pouvait donc, en droit romain, mais dans cette seule circonstance, mettre la preuve à la place du témoignage de sa conscience [7].

Le *juramentum in litem* [8], qui est d'une espèce toute particulière, est déjà mentionné par Cicéron [9]; son origine, qui du reste nous est inconnue, ne peut être attribuée qu'à un édit prétorien. Il a pour but de fixer la quotité des dommages et intérêts dus à celui qui le prête; il remplace l'estimation qui avait dû être faite par le juge [10], et c'est par ce motif que nous avons été obligés d'en dire déjà quelque chose dans le § 57. Avant d'arriver à la prononciation de la sentence, le juge défère le serment au demandeur [11] dans les actions arbitraires, lorsque, de mauvaise foi, le défendeur n'obtempère pas à l'ordre qui lui est intimé, et, en général, dans toutes sortes d'actions, lorsque le défendeur a à se reprocher un dol ou une *culpa lata* [12]. Il est vrai que ce serment se rencontre le plus souvent dans les actions arbitraires et les actions de bonne foi; mais on le trouve aussi employé dans les actions de droit strict [13], lorsque, l'*intentio* n'étant pas d'une *certa pecunia*, il faut estimer le montant du litige pour la condamnation; le serment, dans ce cas, peut aussi être déféré comme étant l'un des modes d'estimation. Si le demandeur ne peut pas prêter serment, comme un pupille, ou renonce à cette faveur, il ne reste plus que l'estimation du juge [14].

de orat. c. 6, Senec. controv. lib. 3, præf., qu'une décision fut rendue par les centumvirs par suite d'une délation de serment. Heffter, Inst. p. 195, note 21 b.

[7] Voy. § 127, note 15, *supra*.

[8] Tit. de in litem jurej. D. 12, 3. C. 5, 53.

[9] Cic. pro Rosc. C. c. 1.

[10] L. 4, § 4, D. h. t. Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, *sed æstimationem a judice faciendam*. L. 14, § 9, D. quod vi aut clam. (43, 24).

[11] L. 4, § 1, 4, eod.

[12] L. 1, L. 2, § 1, L. 4, § 4, L. 5, § 3, D. h. t. L. 15, § 11, avec § 9, D. quod vi aut clam. L. 2, 4, C. h. t. conf. § 65, note 9, et § 67, *supra*.

[13] L. 5, pr. avec § 4, D. h. t.

[14] L. 4, pr. D. h. t. L. 71, de rei vind. (6, 1). L. 2, C. h. t.

§ CXXXVI. — *Procédure contre les contumaces* [1].

Si, après la *litiscontestatio* et la citation [2] donnée, pour se trouver devant le juge, par le demandeur, celui-ci fait défaut, le défendeur peut exiger que l'affaire soit jugée immédiatement et que le juge prononce son absolution [3]; il peut arriver cependant qu'il soit condamné, mais il est rare qu'il le soit [4].

Si c'est le défendeur qui fait défaut, c'est le cas de recourir à une procédure particulière destinée à constater la contumace [5].

A cet effet le demandeur doit se présenter de nouveau devant le magistrat, qui, sur sa demande, enjoint au défendeur de comparaître, par des avertissements publics appelés *edicta*. Ces avertissements sont renouvelés une ou deux fois, à des intervalles de dix jours au moins (*per intervallum non minus decem dierum*); d'après les circonstances, il ne donne qu'un

[1] C. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat præsentibus partibus vel *una parte absente* (7, 43). — Voy. *supra*, § 112, note 1. Vulteius, de judiciis, p. 357 et suiv. Heffter, Inst. p. 302 et suiv., *infra*, note 5.

[2] Voy. *supra*, § 115, note 3, et L. 73, pr. D. de jud. L. 8, C. quomodo et quando (7, 43).

[3] L. 28, pr. D. de app. (49, 1). — L. 27, § 1, de lib. caus. (40, 12).

[4] L. 6, § 3, D. de conf. (42, 2). — Nec *solet* quis absenti condemnari.

[5] Plusieurs auteurs pensent que cette procédure a lieu, non après la *litiscontestatio*, mais immédiatement après le *desertum vadimonium*, voy. § 116, note 6, *supra*. (Heffter admet que cette procédure pouvait être utile avant et après la *litiscontestatio*, l. c.) Ces auteurs fondent leur opinion sur la L. 28, pr. D. cit.; mais cette loi parle du défaut du demandeur. Ils la fondent aussi sur ce que, dans la procédure de contumace, c'est le magistrat et non le juge qui apparaît (cependant voy. L. 4, C. h. t.), et aussi sur cette circonstance que Justinien aurait fait une innovation en admettant cette procédure, même après la *litiscontestatio*, dans la L. 13, § 3, 4, C. de judic. Mais l'innovation de Justinien n'a trait qu'au défaut du demandeur; quant au défaut du défendeur, il confirme expressément l'ancien droit, voy. § 151, *infra*. D'un autre côté, avant la *litiscontestatio*, il ne peut s'agir ni de condamner, ni d'absoudre. Conf. Stieber, de bon. emt. p. 31. Zimmern, Erlang. Jahrb. der jur. Litt. t. 8, p. 245-247.

seul avertissement (*unum edictum pro omnibus*). Celui-ci, ou le dernier des avertissements lorsqu'il y en a plusieurs, contient la menace : « *etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum ;* » il est appelé *peremtorium*, parce que *perimit disceptationem* [6]. Si le défendeur, après cet édit péremptoire, ne se présente pas, il est *contumace* [7]; la *lis* ou la *causa* est dès lors considérée comme *deserta* [8]. Quelquefois le même résultat est obtenu sans *edictum peremtorium*, lorsque le défendeur a reçu un avertissement spécial [9].

Après ces formalités, le défendeur est encore cité, puis on procède à l'examen de la cause, et ensuite la sentence est prononcée en règle générale [10], mais pas nécessairement, contre le défendeur [11]. C'est ce que Ulpien et Justinien appellent *eremodicium* [12].

Il n'est pas même nécessaire que ce soit le juge qui statue *in contumaciam ;* le magistrat peut, en l'absence de contradiction, lorsqu'il s'aperçoit qu'un simple exposé du demandeur suffit pour justifier la demande, juger lui-même [13]; et cette décision produit l'action *judicati* comme une sentence émanée d'un juge [14].

Si, après le *peremtorium edictum*, le demandeur ne se pré-

[6] L. 68-75, D. de jud. (5, 1). Paul, V, 5 a, § 6. L. 8, 9, C. h. t.

[7] L. 53, pr. § 1, D. de re jud. (42, 1).

[8] L. 31, § 2, D. de neg. gest. (3, 5). L. 54, § 2, de re jud.

[9] C'est dans ce sens du moins qu'il faut entendre, à ce qu'il paraît, la L. 2, C. h. t. qui contient un rescrit de Gordien : « Cessante quoque causa peremtorii edicti, adversus eos qui admoniti judicio adesse noluerunt, sententiam a judice posse proferri certum est. »

[10] Il faut appliquer aux frais ou à un appel non recevable ce que dit Hermogénien dans la L. 53, pr. D. de re jud. : « Contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant, *litis damno coercetur.* »

[11] L. 73, pr. D. de jud. — L. 1, § 3, D. quæ sentent. sine app. (49, 8). L. 1, C. h. t. conf. avec § 137, *infra.*

[12] L. 7, f. de min. (4, 4). L. 13, pr. D. judic. solv. (46, 7). — L. 13, § 3, 4, C. de jud. (3, 1). Nov. 69, c. 3, pr.

[13] L. 1, C. quor. app. non recip. (7, 65).

[14] L. 75, D. de jud. L. 5, C. h. t. où c'est le *Præses* qui juge, tandis que dans la L. 1, C. eod. c'est le DATUS *judex.*

sente pas, il est obligé d'en obtenir un autre; il n'encourt pas la déchéance de son droit, mais seulement de l'*instantia edicti*[15].

Quant au défendeur qui s'est laissé condamner par défaut, il ne peut ni appeler, ni *in duplum revocare*[16]; il ne peut que se faire restituer *in integrum*, s'il a des motifs suffisants à faire valoir. Mais la sentence par défaut est radicalement nulle, si la procédure par contumace n'est pas régulière, ou si le défendeur était déjà mort avant la condamnation (*morte peremtorium solvitur*), ou enfin si le magistrat manquait de juridiction[17].

Dans les derniers temps on avait recours à des *litteræ*, à des *denuntiationes*, au lieu d'édits (§ 151, *infra*) : Dioclétien, dans un rescrit, a décidé que le défaillant serait contraint à se présenter, ou que la possession de ses biens serait accordée au demandeur, et que, par là, le défendeur récalcitrant serait dans l'obligation de prendre lui-même le rôle de demandeur[18].

§ CXXXVII. — *Sententia. Res judicata*[1].

Conformément à l'instruction qui lui avait été donnée par le magistrat, le juge devait, en rendant sa décision définitive (*sententia*), ou condamner à une *certa pecunia*[2] ou absoudre[3]. C'est en cela que la sentence[4] se distinguait de toute

[15] L. 73, § 1, 2, D. de jud.

[16] L. 23, § 3, eod. L. 23, § 3, de app. (49, 1). L. 1, C. quor. app. (7, 65). L. 1, C. Greg. 10, 1. Paul, V, 5 a, § 7. Voy. aussi L. 31, § 2, de neg. gest. (3, 5). Le demandeur qui a fait défaut peut appeler, L. 28, pr. D. d. app. (49, 1).

[17] L. 7, f. L. 8, D. de min. (4, 4). L. 75, de jud. (5, 1). L. 53, § 2, 3, L. 54, L. 59, § 3, de re jud. (42, 1). L. 1, § 3, D. quæ sent. sine app. (49, 8). L. 4, 5, 7, 10, C. h. t.

[18] L. 8, f. C. eod.

[1] D. 42, 1, C. 7, 45. Voy. § 131, *supra*, note 1. C. 7, 43, voy. § 136, note 1, *supra*.

[2] Voy. § 56, pr. *supra*. L. 4, § 3, D. h. t. L. 13, § 1, L. 27 f. L. 59, pr. D. eod. Tit. C. de sent. quæ sine certa quantitate profertur (7, 46).

[3] L. 1, D. h. t. L. 3, C. h. t. (7, 45), et § 51, note 8, *supra*.

[4] L. 3, 11, C. h. t.

interlocutio [5] ou du *jussus*. Le juge, en effet, pouvait prononcer que l'*intentio* était justifiée, décider *rem actoris esse* ou *non esse*, ordonner une restitution, une exhibition, un *mandatum actionis*, une caution; mais une semblable décision ne faisait que préparer la sentence proprement dite [6].

La sentence n'était soumise à aucune forme particulière; le juge pouvait la formuler à son gré; il fallait cependant qu'elle se composât des éléments substantiels [7] et qu'elle fût précise, car sans cela elle eût été nulle [8] : ainsi, quand elle portait condamnation, elle devait déterminer la somme [9]; mais il n'était pas indispensable qu'elle indiquât le jour du payement, car la loi déjà fixait elle-même un *tempus judicati* [10]. En général toute décision du juge, *jussus* ou *sententia*, était brève; mais elle était motivée [11], car du motif de la décision pouvaient dépendre bien des conséquences [12]. L'expression *videri*, comme dans cet exemple, « *servum non videri, ingenuum videri*, » que l'on rencontre dans les actions préjudicielles [13] et dans les sentences arbitrales [14], qui du reste pouvait être employée pour exprimer les motifs de tout jugement [15], ne pouvait

[5] Voy. *supra*, § 131, note 1.

[6] Voy. *supra*, § 67. Ribbentr. *ibid.* p. 39 sq. Keller, p. 212 et suiv.

[7] L. 11, C. h. t.

[8] L. 4, § 6, D. h. t. et § 167, *infra*.

[9] « *Solve quod* ou *quantum petitum est* » est suffisant, L. 59, pr. § 1, D. h. t. L. 5, § 1, eod.; mais *usuræ, si competunt, vel quæ competunt*, L. 59, § 2, eod., ou bien *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve*, L. 3, C. de sent. quæ sine (7, 46), sont des expressions qui ne peuvent convenir à une sentence valable, pas plus que celles de la L. ult. C. eod.

[10] L. 4, § 5, D. h. t.

[11] L. 1, § 1, D. quæ sent. sine app. (49, 8). L. 2, C. quando prov. (7, 64).

[12] Conf. §§ 139, 167, *infra*. — L. 7, § 1, de comp. (16, 2).

[13] L. 27, § 1, D. de lib. caus. (40, 12).

[14] L. 21, § 1, D. de rec. (4, 8).

[15] On lit dans Apuleius, Apol. 1 : « cum Lollius testamentum verum videri de consilio consularium virorum pronuntiasset. » — D. C. S. (de consilii sententia), ou C. C. C. (cum consilio collocutus), comme on doit

trouver sa place dans la partie de la sentence portant condamnation ou absolution [16].

Les sentences, de même que les décrets [17], étaient prononcées en langue latine [18]; car c'était la langue des tribunaux [19], quoique de temps à autre des mots grecs s'y glissassent [20]. Mais dans les provinces elles étaient aussi quelquefois rédigées en grec; la langue latine n'était pas, en effet, exigée à peine de nullité, et ce ne fut qu'en se conformant à d'anciens exemples [21] que Arcadius et Honorius déclarèrent : « *judices tam latina quam græca lingua sententias proferre possunt* [22]. » Au reste, la sentence devait être prononcée de vive voix; *pronuntiare* était l'expression technique [23] employée à ce sujet; mais le juge pouvait l'écrire d'avance, pourvu qu'il en donnât lecture à l'audience (*ex tabella pronuntiare*) [24]. Une sentence qui eût été rendue seulement par écrit, et ainsi remise aux parties sans lecture, eût été nulle [25]. Dans la suite il fut indispensable de rédiger les sentences par écrit avant de les prononcer, *recitare ex periculo*; mais il n'en était pas encore ainsi du temps du système formulaire [26].

lire dans la suscription de la L. 6, C. de usuc. pro emtore (7, 26), était une formule très-ordinairement employée : conf. Cujas, Obs. XVIII, 32.

[16] Voy. *supra*, notes 9 et 11. Cujas, Obs. III, 26; Brisson. sel. antiq. lib. 2, c. 2, ed. Trekell, p. 54 sq., donnent trop d'extension à l'emploi de cette expression.

[17] Voy. *supra*, § 75, in fine.

[18] L. 1, § 1, 2, quæ sent. sine app. (49, 8). L. 3, 4, C. quæ sine certa (7, 46). L. 2, C. quando prov. (7, 64).

[19] Dirksen, civil. Abh. t. 1, p. 65 et suiv.

[20] L. 13 f. de jurej. (12, 2). L. 9, § 8, de pœn. (48, 19). L. 16, 17, C. ex quib. caus. inf. (2, 12).

[21] Sur la conciliation des L. 48, D. de re jud. et L. 12, C. cit. conf. Dirksen, l. c. p. 67.

[22] L. 12, C. h. t. (7, 45).

[23] Brisson. v. *pronuntiare*.

[24] Senec. de benef. III, 7. Suet. Claud. 15.

[25] L. 1, C. de sentent. ex pericul. rec. (7, 44).

[26] Voy. *infra*, § 153. — On trouve le commencement d'une sentence de l'an de Rome 946, dans une inscription de Gruter, t. 1, p. 209, 1.

Devaient être présentes au prononcé de la sentence toutes les parties et toutes personnes y ayant intérêt; ce principe avait son fondement dans la loi des XII Tables (§ 110, *supra*): si quelques-unes étaient absentes, la sentence n'avait aucun effet à leur égard; ainsi, de même que dans la loi des XII Tables, le *morbus sonticus* emportait de plein droit remise à un autre jour [27]. Il faut toutefois, pour le cas de contumace, s'en tenir à ce qui a été dit dans le paragraphe précédent [28].

Plus tard il a été décidé par un rescrit que, lorsque celui qui avait été absent lors du prononcé de la sentence n'attaquait pas au plus tôt la sentence rendue, ou s'il avait été présent au commencement des débats, la sentence serait valable; seulement, dans le dernier cas, on lui permettait d'interjeter appel [29].

Enfin, une fois la sentence rendue, le juge n'avait plus de pouvoir (*judex semel sententiam dixit, judex esse desinit*); ce principe était si rigoureusement observé qu'on ne lui permettait pas de modifier son jugement même immédiatement après l'avoir prononcé, ce qui était cependant permis pour les décrets [30]. Le magistrat pouvait encore moins modifier une sentence valable [31]; mais il pouvait y ajouter, pourvu que ce

On trouve aussi un procès-verbal concernant un procès qui avait duré dix-huit ans, et la sentence qui l'avait terminé en 997 de Rome, dans Fabrett. Inscr. c. 4. Voy. sur ce dernier monument Cujas, Obs. XVIII, 32: le tout se trouve rapporté dans Spangenberg, *tabulæ negot. solenn.* p. 384-386, ainsi que dans son ouvrage intitulé: Lehre v. d. Urkundenbeweise, Heid. 1827. 2ᵉ partie, p. 365 et suiv. On trouve encore une autre sentence, qui avait été gravée sur l'airain, dans Spangenberg, *tabulæ*, p. 380 et suiv.

[27] Paul, V, 5, § 6. L. 1, § 1, D. de fer. (2, 12). L. 47, pr. L. 60, D. de re jud. (42, 1). L. 5, C. quomodo et quando (7, 43). Arg. L. 6, § 3, D. de conf. (42, 2).

[28] L. 1, § 3, quæ sent. sine app. (49, 8). L. 7, C. quomodo (7, 43).

[29] L. 3, 11, C. eod.

[30] L. 14, 55, 62, D. de re jud. (42, 1), conf. avec *supra*, § 75, note 15.

[31] L. 1, C. sent. rescindi non posse (7, 50).

fût immédiatement, les conséquences qu'elle devait entraîner et qui avaient été omises [32].

La sentence régulièrement rendue constituait la chose jugée, *res judicata* : l'effet de la chose jugée résultait immédiatement de la sentence, du temps de la république; et plus tard il n'en était ainsi que lorsqu'elle n'était plus susceptible d'appel (v. *infra* § 169). Autrefois, en effet, les moyens rescisoires qu'on pouvait invoquer contre la sentence, et même l'appel, supposaient qu'elle avait obtenu force de chose jugée.

La force de chose jugée ne signifie néanmoins qu'une chose, savoir, que ce que la sentence prononce doit être considéré comme vrai [33], au moins entre les parties (§ 139. *infra*); elle a, sous ce rapport, l'effet de l'aveu, du serment et de la *litiscontestatio*. Mais le but de tout procès est d'arriver à la réalisation de la sentence : si elle porte absolution, elle produit son effet d'elle-même, toutefois d'une manière négative. Si elle porte condamnation, il faut procéder à l'exécution de la sentence ou de la *res judicata*; or, pour cela il faut recourir au magistrat. Quelles sont les voies que l'on emploie alors? Ces voies ne sont pas particulières au jugement; nous en avons déjà parlé plus haut [34].

§ CXXXVII *bis*. — *Effets matériels de la res judicata* [1].

De même que la *litiscontestatio* a pour conséquence le *judicium*, de même la condamnation a pour conséquence l'exécution. En outre, de même que la *litiscontestatio* produit

[32] L. 42, D. de re jud.

[33] L. 36, fam. erc. (10, 2). L. 2, § 7 f. de her. vend. (18, 4). L. 29, § 5, L. 59, § 3, mand. (17, 1). L. 37, § 6, de op. libert. (38, 1), et *infra*, § 137 *bis*, note 3.

[34] Conf. *supra*, § 44 et suiv. § 75 et suiv. La *pignoris capio* des derniers temps n'était pas même restreinte aux jugements. Dans une circonstance, Antonin le Pieux a encore invoqué *in abstracto*, dans la L. 15, pr. D. de re jud. (42, 1), le principe admis de tout temps que l'exécution des jugements appartenait au magistrat.

[1] Keller, liv. 2.

l'obligation nouvelle tendant à un *condemnari* ou un *absolvi*, de même la sentence produit un effet analogue soit *ipso jure*, soit au moyen de l'action ou de l'exception *judicati;* elle éteint l'obligation née de la *litiscontestatio :* en effet, lorsque elle contient une condamnation, le *judicatum facere oportere* (expression qui se rencontre dans la loi des XII Tables [2]) prend la place du *condemnari oportere* [3]. Ainsi, le rapport légal préexistant au litige se trouve éteint, non plus par la *litiscontestatio*, mais par la sentence; il se trouve de nouveau éteint ou *ipso jure*, par conséquent par une novation proprement dite, dans les mêmes cas et dans le même sens qu'il l'avait été par la *litiscontestatio*, ou indirectement, de telle sorte que dorénavant l'exception *rei judicatæ* prend la place de l'exception *rei in judicium deductæ* [4].

Lorsque la sentence porte absolution, naturellement elle ne produit pas de novation, elle ne devient pas le fondement d'une obligation *judicati;* mais l'obligation résultant de la *litiscontestatio*, et qui s'identifiait avec le droit préexistant, doit d'autant plus se trouver éteinte *ipso jure* ou par l'exception *rei judicatæ*, qu'il en est ainsi même lorsque la demande était réellement fondée sur un droit [5]. Une sentence valable éteint non-seulement le droit résultant de la *litiscontestatio*, mais encore le droit auquel il avait été substitué [6]. Si l'obligation

[2] Voy. § 46, note 2 *supra*.

[3] L. 3, § 11, D. de pec. (15, 1). — Nam sicuti (in) stipulatione contrahitur — ita judicio contrahi : proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. L. 9 f. eod. Gaius, III, 180. — L. 35, de nox. act. (9, 4). L. 2, § 8, de her. vend. (18, 4). L. 13, § 4, L. 16, § 6, de pign. (20, 1). L. 4, § 7, de re jud. L. 29, D. de ob. et act. (44, 7). L. 8, § 3, de nov. (46, 2). L. 7, de sol. (46, 3).

[4] Gaius, III, 180, 181; IV, 106-108. — L. 22, D. de tut. et rat. (27, 3). L. 13, § 4, de pign. (20, 1). Conf. avec § 120, *supra*. — Keller, p. 199-201, p. 206 et suiv.

[5] Aussi Gaius, IV, 106-108, parle-t-il de la sentence en général, et sans distinguer; tandis qu'il s'exprime autrement, III, 180 sq. où il est question d'une extinction d'obligation proprement dite; ici il ne parle que d'une sentence portant condamnation. Keller, p. 203 et suiv.

[6] Car la *litiscontestatio* étant une novation absorbe l'ancien droit (§

judicati est mise en question par le défendeur, le demandeur la fait constater et valoir au moyen de l'action *judicati* (§ 138). Les anciens rapports entre le demandeur et le défendeur se trouvent maintenant simplifiés pour l'un et pour l'autre; le premier n'a plus à craindre les exceptions primitives; d'un autre côté, il ne peut plus intenter d'action sur le même fondement, et l'obligation du défendeur n'a plus pour objet qu'une somme d'argent [7]. Si le demandeur qui a triomphé est ensuite attaqué par son adversaire, l'exception *judicati* lui servira à faire valoir les avantages que lui assure la sentence, et spécialement, s'il a triomphé dans une action réelle, il repoussera l'attaque en invoquant la décision qui constate son droit [8]. Ainsi l'exception *rei judicatæ* a une double destination, l'une positive, celle dont nous venons de parler; l'autre négative, lorsque c'est le défendeur qui oppose la sentence qui l'absout [9]. Au reste, l'exception *rei judicatæ*, tant du vainqueur que du vaincu, n'offre aucune différence quant aux personnes entre lesquelles elle peut être invoquée, et quant aux choses qui en sont l'objet [10]; c'est pourquoi nous ne les avons pas distinguées l'une de l'autre dans les §§ 139 et 140.

123, *supra*); et comme l'obligation fondée sur la *litiscontestatio* n'engendre pas une action, ce ne peut pas être elle qui se trouve paralysée par la *judicati exceptio*. C'est ce qu'a fort bien fait remarquer Keller. Mais il va trop loin quand il dit que le *judicatum* opère à la fois deux extinctions, celle du droit primitif et celle du droit résultant de la *litiscontestatio* : il n'est pas nécessaire d'admettre cette difficulté. Il vaudrait mieux dire que la *litiscontestatio* n'a éteint le droit primitif que provisoirement, lequel ensuite est éteint définitivement par la sentence, de sorte que, du moment que naît l'exception *rei judicatæ*, disparaît l'exception *rei in judicium deductæ*. Voy. Hollweg, Versuch. p. 151.

7 Keller, p. 202.

8 L. 40, § 2, D. de proc. (3, 3) : — Nam cum judicatur rem meam esse simul judicatur illius non esse. L. 15, L. 19, L. 30, § 1, de exc. rei jud. (44, 2). Conf. § 63, *supra*, et les développements donnés par Keller, p. 210-229.

9 Keller, p. 229 et suiv.

10 Keller, p. 236 et suiv.

§ CXXXVIII. — *Judicati actio.*

Comme il y avait déjà beaucoup de formules à l'époque où les actions de la loi, et par conséquent la *manus injectio*, étaient en vigueur, il faut bien admettre qu'alors, et jusqu'à la suppression de la *manus injectio*, la *manus injectio pro judicato* fut employée pour parvenir à l'exécution d'un jugement obtenu d'après le système formulaire. Lorsque la *manus injectio* eut disparu, le demandeur qui avait obtenu une sentence avait recours, après le même délai de trente jours (§ 77 *supra*), à une simple *postulatio*, au moyen de laquelle il obtenait un *duci jubere* du débiteur, l'envoi en possession de ses biens, et plus tard une *pignoris capio* (§ 76 et suiv., § 85). Lorsque le défendeur voulait révoquer en doute l'existence même ou la validité de la *judicati obligatio*, il n'avait plus besoin pour cela d'un *vindex*; si cette résistance faisait naître une question de droit, le magistrat statuait sur la difficulté; si elle faisait naître une question de fait, il fallait que le demandeur obtînt, sur-le-champ ou après un nouveau délai, une formule; mais à la charge par le défendeur de fournir la caution *judicatum solvi*, laquelle remplaçait le *vindex* [1]. Ainsi l'obligation *judicati* se réalisait par une *judicati actio* accordée par le préteur [2], laquelle, avec la *postulatio*, remplaçait l'ancienne action de la loi *per manus injectionem*, par conséquent elle était perpétuelle; elle avait pour objet la *certa pecunia* comprise dans la sentence [3], elle supposait en effet une condamnation [4]; elle appartenait aux héritiers et contre les héritiers [5]. De même que l'action ou l'exception *jurisjurandi* avait pour but de faire constater s'il y avait eu serment prêté, de même l'action ou l'exception *judicati* tendait seulement [6] à établir *an judicatum*

[1] Gaius, IV, 25 f. 102. Conf. § 46, *supra*.

[2] L. 4, § 3, L. 5, D. de re jud. (42, 1), et § 137 *bis*, note 3.

[3] Voy. § 137, note 2.

[4] L. 28, § 8, D. de jurejur. (12, 2), L. 4, § 3, de re jud. Keller p. 219.

[5] L. 4, § 3, L. 6 f. de re jud.

[6] Cette opinion sur l'action *judicati* a déjà été émise par Schulting,

sit [7], ou si *l'obligatio judicati* subsistait encore. Il aurait pu se faire en effet qu'elle fût éteinte avant que l'action *judicati* ne fût intentée [8], ou qu'elle pût être paralysée par une exception. Il n'y avait que la *transactionis exceptio* qui ne pouvait lui être opposée [9]; car l'action *judicati* était une de celles *quæ infitiatione duplantur* (§ 179 *supra*) : or une semblable action *pacto decidi non potest* [10]; mais si elle ne pouvait être éteinte par un pacte, elle pouvait l'être par la stipulation aquilienne [11].

§ CXXXIX. — *Rei judicatæ exceptio* [1].

« *Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur* [2] : » on peut opposer l'exception de chose jugée lorsque le procès est engagé entre les mêmes personnes et sur la même cause ; voilà la règle. Mais que doit-on entendre par les mêmes personnes et la même cause?

Examinons d'abord la règle en ce qui concerne la même cause. Une action nouvelle ne doit pas pouvoir conduire à un résultat contraire à celui déjà obtenu dans un précédent procès : telle est la première conséquence qui découle naturellement de cette règle. Mais il faut aller plus loin [3] : l'ancien droit s'étant trouvé consommé [4] par le jugement intervenu d'abord, puis-

ad Paul. I, 19, § 1. Küstner, pignus in causa judic. captum, p. 25 sqq., a soutenu l'opinion contraire.

[7] L. 1, pr. D. quæ sint sentent. sine app. (49, 8). L. 75, D. de jud. (5, 1).

[8] L. 7, D. de re jud.

[9] Paul. I, 1, § 5. L. 7, pr. L. 11, D. de trans. (2, 15). L. 23, § 1, de cond. ind. (12, 6), et les passages de la Consult. c. 4, 7, 9, tirés de Paul, du Code Grégorien et du Code Hermogénien.

[10] Paul. I, 19, § 1, 2. Conf. Franckē, Tüb. crit. Zeits. t. 4, cah. 1, p. 46.

[11] L. 32, C. de transact. (2, 4).

[1] D. de exc. rei judicatæ (44, 2). — Guil. Hübbe, de exc. rei jud. Jenæ, 1827, 8. — Keller, t. 2, Abs. 3, 4.

[2] L. 3, L. 7, § 4, L. 12, 13, 14, pr. L. 19, 22, D. h. t.

[3] L. 6, 7, pr. § 1, sqq. L. 8, L. 14, § 1, L. 22, § 1, 2, L. 26, pr. § 1, D. h. t. L. 33, § 1, de usufr. (7, 1). Keller, p. 260 et suiv.

[4] L. 5, D. h. t. L. 38, § 1, pro socio (17, 2), conf. avec L. 28, § 4, de jurejur.

que l'*intentio* de la première formule avait déduit ce droit *in judicium* [5], dès lors toute nouvelle action fondée sur la même cause est devenue impossible. Quant aux actions réelles et aux actions *in factum*, le jugement intervenu à leur sujet a consommé l'*intentio* sous le rapport de l'objet qui en était le fondement [6]. Quant aux actions ayant une *intentio incerta*, l'obligation qui en fait la base étant unique, tout ce qui est compris dans ces mots *quid dari fieri oporteat*, avec les prestations futures, se trouve absorbé par la condamnation, quoique l'*intentio* « *quidquid Numerium Nigidium Aulo Agerio dare facere oportere* » ne semble s'appliquer qu'aux prestations présentes [7], et que par conséquent la condamnation ne porte que sur ce qui est déjà dû [8]. C'est précisément pour empêcher que tout ce qui est la suite d'une telle obligation ne fût consommé par la *conditio incerti*, que le demandeur devait avoir la précaution de faire insérer une *præscriptio* dans la formule (§ 55); ce ne fut que plus tard qu'il pouvait impunément négliger cette précaution, parce qu'il pouvait, dans le même but, recourir à une restitution *in integrum*, et spécialement à une réplique de dol [9].

Dans les actions personnelles la *eadem res* dépend de l'identité de la cause du procès [10]; tandis que dans les actions réelles elle dépend de l'identité de l'objet en litige : « *neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest* [11]. » Comme dans les actions réelles on n'a aucun

[5] Gaius, IV, 131, — per intentionem consumitur. L. 32, pr. de pec. (15, 1). — Gaius, IV, 57 sqq. Keller, p. 243 et suiv.

[6] Keller, p. 248 et suiv.

[7] « Quantum ad verborum significationem attinet, » est vrai pour les stipulations et les legs, mais non pour les *judicia*. L. 46, de leg. 2 (31). L. 76, § 1, de verb. obl. (45, 1). L. 89, 125, eod. Keller, p. 517 et suiv.

[8] Keller, p. 255 et suiv.

[9] L. 2, C. de jud. (3, 1).—L. 25, L. 46, § 5, D. de adm. tut. (26, 7). Keller, p. 530 et suiv.

[10] « Eadem causa petendi, » L. 14, pr. D. h. t. ou « *proxima causa actionis*, » L. 27, D. h. t. — Conf. L. 18, de Obl. et Act. (44, 7). L. 93, § 1, de leg. 3 (32). L. 28, § ult. de lib. leg. (34, 3).

[11] L. 14, § 2, D. h. t.

égard au motif de l'action, comme par conséquent alors on agit *non expressa causa*, une fois qu'elles ont été intentées et jugées, il n'est plus permis de les intenter, même en se fondant sur une autre cause, sans quoi on serait repoussé par l'exception *rei judicatæ* [12]. Il n'y aurait qu'une cause nouvelle, survenue depuis le jugement, qui pourrait autoriser à intenter une autre action réelle [13].

Mais si, dans ces mêmes actions, le jugement n'a pas porté sur le droit réel, par conséquent n'a pas statué sur l'*intentio*, mais sur une autre question, comme si le défendeur a été absous parce qu'il ne possédait pas, on ne peut pas dire qu'il y ait eu jugement sur le droit réel [14]. Au reste, la réplique *rei judicatæ* peut être opposée à une exception fondée sur une cause qui se trouve en contradiction avec la chose jugée [15]; en outre, l'exception de la chose jugée peut même être invoquée, par le défendeur qui a succombé, contre le primitif demandeur [16]; mais celui-ci, quand il en a besoin, peut répondre à cette exception par la réplique « *si secundum me judicatum non sit* [17], » « *evidenter enim iniquum esset, proficere rei judicatæ exceptionem ei, contra quem judicatum est* [18]. »

§ CXL. — *Continuation.*

Occupons-nous maintenant de la règle quant aux personnes, règle qui a été confirmée par des rescrits impériaux [1]. On entend par mêmes personnes, non-seulement celles qui ont figuré dans la formule comme plaidant pour elles-mêmes, ainsi que leurs successeurs universels; mais encore toutes celles qui

[12] Voy. § 53, note 8, *supra*.

[13] L. 11, § 4, 5, L. 14, § 1, L. 21, § 3, L. 25, pr. D. h. t. L. 43, § 9, de Æd. ed. (21, 1). L. 25, § 1, de lib. caus. (40, 12).

[14] L. 9, pr. L. 17, 18, D. h. t. L. 8, pr. rat. rem hab. (46, 8).

[15] L. 22, § 1, de exc. (44, 1). L. 24, D. h. t.

[16] L. 4, C. depos. (4, 34). Hübbe, p. 49 et suiv.

[17] L. 9, § 1, D. h. t. L. 16, § 5, de pign. (20, 1). Ribbentrop, Diss. cit. ad leg. cit. Hübbe, § 6. Keller, § 71.

[18] L. 16, D. h. t.

[1] L. 1, 3, L. 7, § 4, L. 2, L. ult. C. quib. res jud. non nocet (7, 56).

ont déduit *res in judicium* [2], par conséquent celles qui ont plaidé pour autrui, conformément aux principes qui se trouveront développés plus loin, à partir du paragraphe 155 [3]. Parmi ceux qui plaident pour autrui il faut comprendre également celui qui a intenté une *popularis actio*, par conséquent aussi le peuple lui-même [4], ainsi que celui qui a revendiqué une servitude; celui-ci, en effet, en plaidant pour la servitude, a plaidé pour ainsi dire comme représentant le fonds qui devait en profiter, de telle sorte que le jugement qui est intervenu à ce sujet a force de chose jugée pour les copropriétaires [5].

L'exception de chose jugée, comme l'exception *jurisjurandi*, peut aussi être opposée par et contre les ayant-cause à titre particulier [6].

La chose jugée ne peut préjudicier à un tiers qu'autant qu'il aurait dû intervenir (v. § 164, *infra*); elle peut aussi être opposée aux légataires et aux esclaves affranchis dans un testament, lorsque le jugement qui a été rendu sur la nullité d'un testament l'a été entre l'héritier légitime et l'héritier institué, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas eu de collusion entre eux, et que le jugement n'ait pas statué *in contumaciam* [7].

[2] L. 4; L. 11, § 7, D. h. t. L. 31, de judic.

[3] Keller, § 34-44.

[4] L. 3, pr. D. de pop. act. (47, 23). L. 45, § 1, de proc. (3, 3). L. 30, § 3, de jurej. (12, 2). L. 3, § 13, de homin. lib. exh. (43, 29).

[5] L. 4, § 3, 4, L. 19, si serv. vind. (8, 5). L. 1, § 3, de arb. cæd. (43, 27). Keller, p. 409 et suiv.

[6] L. 28, D. h. t. L. 9, § 2, L. 10, L. 11, § 3, 9, 10. L. 29, § 1, D. h. t. L. 25, § 8, fam. erc. (10, 2). L. 3, § 1, de pign. (20, 1). Keller, p. 362 et suiv.

[7] L. 3, pr. de pign. (20, 1). L. 50, § 1, de leg. 1 (30). — L. 8, § 16, de inoff. test. (5, 2). L. 6, § 1, L. 17, § 1, eod. L. 1, D. h. t. — Antonin le Pieux a, en effet, rendu un rescrit d'après lequel les légataires et les esclaves affranchis par un testament peuvent interjeter appel « *si perlusorio judicio actùm sit adversus testamentum*, » ou du moins n'ont pas à craindre qu'on leur oppose l'exception de chose jugée. Les *divi fratres* ont aussi décidé que la *res judicata* ne pourrait produire ses effets que contre le défendeur « *qui adesse neglexerit*; » que par conséquent, dans ce cas, les légataires pourraient attaquer l'héritier légitime qui aurait triomphé de cette manière de l'héritier institué. L. 14,

La chose jugée a des effets encore plus étendus lorsqu'elle porte sur une question d'état, telle que la paternité, ou l'ingénuité, ou la liberté, ou la cité; car c'est ici que l'on peut dire avec raison : « *res judicata pro veritate* [8] *accipitur.* » Dans ce cas, le jugement a force de chose jugée à l'égard de tout le monde [9], pourvu toutefois que « *justo contradictore quis ingenuus pronunciatus est* », comme disent les rescrits [10], c'est-à-dire, que le jugement ait été rendu contre celui-là même qui se prétendait maître, patron, etc. [11]. Un jugement qui n'a statué sur l'ingénuité que par suite d'une négligence coupable de la part du défendeur peut, pendant cinq ans, être attaqué par qui que ce soit : quoi qu'il en soit, une personne qui n'a pas été partie au procès ne peut se trouver dépouillée par un tel jugement d'un véritable droit qui lui compéterait en qualité de propriétaire d'un esclave, ou de patron d'un affranchi [12].

§ CXLI. — *Condemnatio in id quod facere potest.*

La somme d'argent à laquelle un défendeur était condamné ne s'élevait quelquefois que jusqu'à concurrence [1] (*quod facere*

de app. (49, 1). Ces deux principes se trouvent ensuite reproduits par Paul, L. 17, § 1, cit., et par Ulpien, L. 50, § 1, cit. Par *lusorie agere* il ne faut pas entendre une collusion proprement dite, mais une négligence coupable. Keller, p. 388 et suiv., note 12.

[8] Hubbe, p. 76 sq., on trouve encore, dans ce même sens, l'expression *jus facit*; voy. note suivante.

[9] L. 3, pr. avec L. 1, § ult. L. 2, de agnosc. (25, 3). L. 25, de statu hom. (L. 207, de reg. jur.). L. 24, de dolo (4, 3). L. 14, de jure patron. (37, 14), conf. avec L. 3, § 2, 3, de jurejur.

[10] L. 3, de collus. deteg.

[11] L. 1, C. de ing. man. (7, 14). Hollweg, Versuche, p. 109.

[12] L. 1, 5, si ingenuus (40, 14). L. 42, de lib. caus. (40, 12). L. 9, pr. eod. conf. Keller, p. 392-399, et sur la L. 29, pr. D. h. t. p. 399-409.

[1] Les cas les plus ordinaires sont ceux des L. 35, de neg. gest. (3, 5). L. 2 pr. — § 7, quod cum eo (14, 5). L. 63 — pr. § 7, pro soc. (17, 2). L. 84, de dot. (23, 3). — L. 12, L. 18, sol. matr. (24, 3). L. 12, L. 33 pr. de don. (39, 5). L. 16, L. 23, L. 30, 49, 50. D. de re ju. (42, 1). L. 4, 6, de cess. bon. (42, 2). L. 7, de castr. pec. (49, 17). . ult. C. de bon. auct. jud. (7, 72). L. un. § 7, C. de rei ux. toll. (5, 13), § 37, 38, J. de act. (4, 6).

potest[2]) du patrimoine qu'il avait au moment de la condamnation[3]. Il était libéré pour le reste, puisque l'ancien droit se trouvait absorbé par la *litiscontestatio* et par la sentence. Ce privilége était déjà connu de Labéon[4]. Il a été introduit et par

[2] D'après l'opinion la plus commune, *quod facere potest* serait synonyme de *beneficium competentiæ*. Thibaut, Civ. Abh. p. 346, la soutient encore; mais il a été vivement attaqué par Holtius, dans la Bibliothèque du Jurisconsulte, Liége, 1826, 1827, 8, t. 1, p. 390-405. Conf. Sekrœter, Tübing. crit. Zeits. t. 4, cah. 1, p. 76-80. L'opinion de Holtius doit être préférée, parce que 1° *quod facere potest*, dans les L. 82, init. D. ad L. Falc. (35, 2). L. 10, de re jud. et L. 21, D. de re jud. L. 49, de pact. (2, 14), § 37, J. de act., est synonyme de *ut non ultra facultates damnetur;* 2° d'après Théophile, IV, 6, § 37, celui qui doit 100, et qui n'a que 50, doit être condamné aux 50, *in quantum facere potest;* 3° dans les L. 63 pr. § 7, D. pro. soc. L. 18, § 1, sol. matrim, le juge doit condamner à « *quodve dolo malo fecerit, quo minus possit,* » celui qui a diminué son patrimoine par dol; par conséquent s'il avait 60, et qu'il en ait aliéné 10 par dol, il doit être condamné aux 60. (L'opinion de Zimmern est rejetée par Mülenbruch; il cite à l'appui de l'autre opinion, qui est aussi celle de Thibaut, la L. 173 pr. D. de reg. jur. qui porte : « In condemnatione personarum, quæ in id, quod facere possunt, damnantur, non tantum quod habent, extorquendum est, *sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant.* » Il résulte, en effet, de ce texte, que ceux qui sont condamnés *in id quod facere possunt*, ont, en outre, le droit de ne pas être dépouillés, lors de l'exécution de la sentence, même de tout ce qu'ils ont; on doit leur laisser dequoi ne pas tomber entièrement dans l'indigence. C'est aussi le sens de la L. 16, § 1, D. de re jud.) de sorte qu'il y aurait bien, à la vérité, une différence entre la *condemnatio in id quod facere potest* et le bénéfice de compétence : dans la première, le juge ferait une remise d'une portion de la dette dans la sentence; par le second, l'*exécution* de la sentence devrait être restreinte : là, le débiteur serait libéré du surplus; ici, non : mais l'un et l'autre marchant ensemble, cette différence a bientôt été effacée; par conséquent, par la *condemnatio in id quod facere potest* elle-même, le débiteur a été considéré comme n'étant pas libéré du surplus. Voy. Mühlenbruck, doctr. Pand. § 154, note 2. La seule différence entre l'opinion de Zimmern et celle de Mühlenbruck consiste donc en ce que le premier soutient que le bénéfice de compétence n'était pas toujours joint au droit de n'être condamné que *in id quod facere potest*. E).

[3] L. 63, § 6 pro socio. L. 15 pr. L. 53, sol. matrem.

[4] L. 18 pr. D. sol. matr.

la pratique, et par l'édit prétorien [5], et par les rescrits impériaux. Antonin le Pieux, spécialement, a décidé que le donateur non-seulement jouirait, à l'égard du donataire, du bénéfice de n'être condamné que *in id quod facere potest*, mais aurait encore le droit de déduire de son patrimoine le montant de ses dettes; ce qui n'a pas lieu pour les autres cas [6]. Il n'est pas possible de rattacher historiquement cette innovation aux autres institutions juridiques [7].

C'est un bénéfice purement personnel; il n'appartient ni aux cautions, ni aux héritiers; il peut toutefois être invoqué par le *defensor* de celui qui y a droit [8]. On le fait valoir au moyen d'une exception [9]; il se trouve formulé ainsi dans la *condemnatio : « Aulo Agerio Numerium Negidium duntaxat in id quod facere potest condemna.* » (§ 56, *supra*.) Il peut être opposé même à l'action *judicati* [10]; mais si le débiteur à qui il compète a payé sans l'invoquer, il n'a aucune répétition [11]. Un pacte peut donner droit à cette exception [12]. Les jurisconsultes ensuite, par des considérations d'équité, sont encore allés plus

[5] Voy. l'édit qui se trouve dans la L. 2 pr. D. quod cum eo. On y lit: actionem causa cognita dabo in id quod facere potest.

[6] L. 12 de don. (39, 5). L. 20, L. 41, f. de re jud. L. 28, de reg. jur. L. 16, L. 19 pr. § 1, L. 30, L. 49, 50, D. de re jud. L. 63, § 3 pro socio.

[7] Schrœter a émis l'opinion que, déjà avant la loi *Julia de cessione bonorum*, le privilége de n'être condamné que *in id quod facere potest* avait été imaginé pour faire éviter à certaines personnes l'infamie attachée à la vente en masse de tous leurs biens; et que, lorsque cette loi eut rendu ce bénéfice général, on a accordé le droit à ces mêmes personnes de retenir de quoi vivre. Mais cette opinion n'est pas admissible; car le droit de n'être condamné que *in id quod facere potest* n'a jamais appartenu à tous les débiteurs; il n'a été concédé que dans des cas spéciaux, par exemple, à un associé, à un donateur, à des ascendants, etc.

[8] L. 63, § 1, 2, pro socio. L. 12, L. 15, § 1, sol. matr. L. 23, 25, de re jud. L. 7 pr. de exc. (44, 1).

[9] L. 7 pr. de exc. L. 17, § 1, sol. matr. L. 41, pr. de re jud.

[10] L. 5 pr. quod cum eo. L. 17, § 2, sol. matr. L. 33, pr. de don. L. 41, § 2 de re jud. Voy. § 98 *supra*.

[11] L. 8, 9, de cond. ind. (12, 6).

[12] L. 39 de pact. (2, 14).

loin : ils ont permis au débiteur ayant ce privilége de retenir quelque chose pour sa subsistance [13]; mais cette retenue ne figurait pas dans la sentence, elle était faite au moment de l'exécution. Dans l'action *pro socio* et dans la *dotis restitutio* le bénéfice n'était accordé [14] que si l'obligé promettait, dans une stipulation, de payer ensuite le surplus; il n'y avait en effet qu'une stipulation qui pût autoriser le créancier à réclamer plus tard ce qu'il n'avait pu d'abord obtenir [15] : il paraît que dans les autres cas où le bénéfice avait lieu il n'en était pas de même [16].

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers auxquels l'exception *in id quod facere potest* peut être opposée, *melior est conditio occupantis ;* ce qui veut dire que le premier d'entre eux qui a agi est préféré : les autres, s'ils ne veulent pas consommer leur droit inutilement, doivent attendre, pour actionner, que le débiteur ait acquis de nouveaux biens. Si, parmi ces créanciers, il y a concurrence entre un créancier privilégié et un autre, le premier est préféré (§ 83) [17].

TROISIÈME SECTION. — De la procédure sans judex.

§ CXLII. — I. *Actiones extraordinariæ.*

Nous possédons peu de renseignements sur les actes de la procédure extraordinaire, soit avant, soit depuis la suppression du *judiciorum ordo.* Il y avait ici également une *vocatio in jus* [1]; mais il n'y avait ni édition, ni postulation, ni rédaction de formule, ni par conséquent de véritable *litiscontestatio :* il

[13]. L. 19, f. de re jud. qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur; et quidem is solus deducto ære alieno. — Imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat. L. 30, eod. L. 173 pr. de reg. jur.

[14] L. 63, § 4 pro soc. L. un. § 7, C. de rei ux. (5, 13).

[15] Keller, p. 572.

[16] Arg. L. 47, § 2, de pec. (15, 1).

[17] L. 3, quod cum eo. L. 19, § 1, de re jud.

[1] L. 1, § 3, de inspic. ventr. (25, 4). Callistrate, lib. 1, *cognitionum*, parle aussi de *in jus vocare*, L. 3, D. de in jus voc. (2, 4).

fallait cependant qu'il y eût un *respondere*, un *cognitionem suscipere*, une décision (*decretum*) rendue par le magistrat après des débats et un examen plus ou moins long, puis une exécution par les voies ordinaires, et spécialement par la *pignoris capio* [2]. Il n'était pas nécessaire que le préteur, comme le juge, prononçât une condamnation pécuniaire; et évidemment son décret ne pouvait pas donner lieu à une *actio judicati* [3]. En effet, il n'est pas possible de supposer que la partie condamnée ait eu besoin de soumettre au contrôle du magistrat la décision que celui-ci avait rendue; nécessairement, comme c'était son propre décret, il le faisait exécuter; on pouvait seulement le lui faire modifier (§ 75).

Quelquefois le préteur confiait à des gens de l'art (*arbitri*) la mission de statuer sur certaines affaires [4]; le plus souvent dans des cas de juridiction extraordinaire, et toujours dans des hypothèses où l'obligation du défendeur n'avait pas pour objet une somme d'argent. Il les chargeait de cette mission lorsqu'il s'agissait de régler le mode et la nature des prestations qui pouvaient être dues [5], et surtout lorsqu'il fallait opérer une liquidation; ou enfin il les investissait du pouvoir de procéder à l'exécution d'une dette avouée ou constatée par lui-même; dans ce dernier cas les *arbitri* s'appelaient *executores* [6].

Il faut bien se garder de confondre ces *arbitri* avec le juge. Ils n'étaient pas choisis par les parties, et ils n'étaient pas

[2] L. 1, § 3, cit. L. 19 pr. D. de jusrisd (2, 1). L. 31, de re jud. tirée de Callistrate, lib. 2, cogn.

[3] Arg. L. 31, D. cit. Heffter, p. 406.

[4] L. 9 pr. § 1, qui satisd. cog. (2, 8). L. 13, § 1, 2, 3 de serv. præd. rust. (8, 3).

[5] L. 109, § 1, de leg. 1, (30). L. 12 de leg. 3, (32). L. 37 de fid. lib. (40, 5).

[6] L. 7, D. de conf. (42, 2). L. 3, C. Th. fin. reg. (2, 26). — Ante præses judicat, an præstari aliquid oporteat, et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum. L. un. § 1, C. Th. de litig. (4, 5). — Post examen judicis in supplementum pronuntiationis dentur arbitri, qui non jam arbitri, sed executores putandi sunt. Conf. § 85, note 14 *supra*. Holweg, Versuche, p. 285.

chargés de connaître du fond même de l'affaire [7]; mais, s'ils pensaient que la demande qu'ils étaient chargés de liquider n'était pas fondée, ils devaient en référer au magistrat pour faire absoudre le défendeur, même lorsque celui-ci avait mal à propos fait un aveu, et par conséquent aussi pour faire changer une condamnation prononcée contre lui par sentence. Ils pouvaient l'absoudre eux-mêmes lorsque la nature de leur mission le comportait, par exemple en matière fidéicommissaire, s'il était reconnu que l'hérédité n'était pas suffisante pour acquitter les fidéicommis [8].

Dans la procédure extraordinaire on observait aussi les jours fériés, quoique les cas où, dans ces jours, on pouvait rendre la justice, fussent des cas de *cognitio prætoria* (§ 119 *supra*). Il est assez indifférent qu'on appelle sommaire cette procédure, à cause de sa simplicité; mais le *summatim cognoscere*, expression qui, chez les Romains, indique des décisions rendues d'après les vraisemblances et sur preuve incomplète [9], ne se rencontrait pas dans toutes les *cognitiones extraordinariæ*, et il ne leur était pas spécial; il y avait aussi un *summatim cognoscere* dans la procédure ordinaire [10]. Dans toute action, ordinaire ou extraordinaire, où il fallait statuer définitivement sur un rapport légal, il fallait, en règle générale, que la preuve fût complète. C'était ce qui arrivait le plus souvent pour le juge;

[7] L. 7, de conf. (42, 2). L. 6, C. de exerc. rei jud. (7, 53).

[8] L. 7, D. cit. Hollweg, p. 283, 286 et suiv.

[9] Savigny, Zeits. t. 6, p. 231 et suiv. L. 1, C. quor. app. (7, 65).

[10] Car, dans l'action *ad exhibendum*, c'est le juge qui, après avoir examiné sommairement l'intérêt du demandeur, ordonne l'exhibition, L. 3, § 9, 13, ad exhib. (10, 4). Or cette décision n'est encore que préparatoire, voy. Savigny, p. 236; d'un autre côté, l'*arbitrium de exhibendo* n'est pas susceptible d'exécution forcée comme l'*arbitrium de restituendo*, voy. § 67 *supra*. Dans l'action de la loi Aquilia on rencontre un cas où « *si summatim re exposita ad* SUSPICIONEM *judicem adducam*, *debeam vincere*, L. 40, D. ad leg. Aquil. (9, 2); mais ici encore il ne s'agit pas de faire dépendre la décision définitive de probabilités, mais d'obtenir, au moyen de ces probabilités, une preuve testimoniale par précaution, pour le cas où les témoins dont on pourrait avoir besoin plus tard, viendraient à mourir. Voy. *supra*, § 133, note 6.

le *summatim cognoscere* était pour lui une exception. Lorsque le préteur avait à statuer sur des mesures provisoires, sur des garanties à donner pour les décisions à intervenir, une simple vraisemblance lui suffisait, précisément parce qu'il ne statuait pas définitivement [11]. Dans une question d'aliments, dans une *extraordinaria cognitio*, la décision devait être définitive, il est vrai, et cependant elle dépendait seulement d'un tel *summatim cognoscere* [12]; mais c'était parce qu'il était urgent de statuer dans cette circonstance, et parce que, dans tous les cas, il restait toujours une autre question à vider.

II. *Changements apportés à la procédure ordinaire.*

§. CXLIII. — *Denuntiatio et rescripti editio* [1].

La *vocatio in jus*, l'*actionis editio*, le délai du *vadimonium* et le *vadimonium* lui-même, tout cela pouvait être évité, dès le temps de Marc-Aurèle, au moyen d'une *denuntiatio* faisant connaître au défendeur la nature de la réclamation, et lui laissant pour comparaître le délai ordinaire du *vadimonium*, voyez § 117, *supra*. Les avantages que les deux parties retiraient de cette nouvelle manière d'introduire l'instance rendirent la *denuntiatio* de plus en plus fréquente, et à l'époque des empereurs chrétiens elle était devenue tout à fait générale [2].

Jusqu'à Constantin la *denuntiatio* était un acte purement

[11] Voyez ces divers cas dans les L. 3, § 11, de Carb. ed. (37, 10), L. 1, § 14, de ventre in poss. (37, 9), L. 2, C. ubi in rem actio (3, 19), L. 9, § 6, de int.—in jur. (11, 1).—L. 3, § 1, D. ut in poss. (36, 4).—L. 1, § 9, de stip præt. (46, 5). — L. 15, § 4, de re jud. (42, 1).— L. 7, § 1, de her. pet. (5, 3).— L. 2, 3, C. de ed. D. Hædr. toll. (6, 33.).

[12] L. 5, § 8, 9, D. de agnosc. (25, 3). Heffter, Inst. p. 406. Savigny, p. 237 et suiv.

[1] C. Th. de denuntiatione vel editione rescripti (2, 4), de temporum cursu, et reparationibus denuntiationum (2, 6). — J. Gothof. ad. tit. cit. Mühlenbruck, Cession, 2e édit. p. 69. Heffter, Instit. p. 288.

[2] C'est ce que démontrent les titres sur la *denuntiatio*, à côté desquels on n'en trouve aucun relatif à *in jus vocare* et *de edendo* dans le Code Théodosien. Voyez aussi l'expression *denuntiandi necessitas* de la L. un. C. Th. de dolo (2, 14); ou l'exception fondée sur l'omission de la *denun-*

privé, *privata testatio*, un ajournement constaté par témoins extrajudiciairement; depuis cet empereur elle devint un acte public; elle était constatée dans un procès-verbal dressé par un officier public, sur la demande de celui qui voulait intenter le procès, avec prière de la faire parvenir au défendeur [3].

De même qu'autrefois des rescrits impériaux pouvaient renvoyer à un magistrat une affaire pour qu'il la jugeât lui-même *extra ordinem*, ou pour qu'il la fît juger au moyen d'une *judicis datio* [4]; de même, sous les empereurs chrétiens [5], la *rescripti editio* était un rescrit obtenu par un demandeur dans le but d'introduire une instance comme par la *denuntiatio* [6].

Ainsi, d'une part le *denuntiare*, ou *solemni more litem intimare* ou *insinuare* [7], d'autre part le *rescriptum edere*, ou *solemniter intimare* [8], avaient pris la place de la *privata denuntiatio* ou de l'ancienne *actionis editio*. La notification de cette *denuntiatio*, ou de cette *rescripti editio*, conformément à

tiatio, dans la L. 3, C. Th. h. t. (2, 4). Donat. ad Terent. Phormio 1, 2, dit : « *ne diceret : non mihi denuntiasti*. » En outre, voyez au § 144 *infra*, les exceptions à la nécessité de la *denuntiatio*.

[3] L. 2, C. Th. — L. 9, C. Th. de infirm. his (15, 14). — deposita super instituenda lite testatio. L. 1, § 1, C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14).

[4] Voy. *supra*, § 88, notes 2 et 3. Il ne faut pas confondre avec ces rescrits ceux que l'on obtenait dans le but de les faire valoir devant le magistrat ou le juge, comme les *responsa jurisconsultorum*, pour démontrer la justice de sa cause. Voy. L. 2, 3, C. de div. rescr. (1, 23); voy. *infra*, note 5 et § 145, note 8.

[5] C. Th. de divers rescrip. (1, 2). C. de precib. imperatori offerend. (1, 19). Quando libellus principi datus litiscontestationem faciat (1, 20). Ut lite pendente, vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatorem supplicare (1, 21). Si contra jus vel utilitatem publicam, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum (1, 22). De div. resc. et pragm. sanctionib. (1, 23). Toutefois il faut reconnaître que les rescrits ne sont pas considérés ici seulement comme introduisant l'instance, mais comme exerçant une influence sur la procédure en général. — Lœhr, Ubers. der. Constit. 1, p. 22.

[6] Rubr. et L. 4, 5, C. Th. h. t. (2, 4).

[7] L. 1, C. Th. h. t. L. un. f. C. Th. utrubi (4, 22).

[8] L. 1, C. Th. unde vi (4, 22).

l'ancien langage [9], s'appelait *conventio* [10]. D'après ce que nous savons de la procédure formulaire, nous devons penser qu'ici également il devait s'écouler un délai entre la *conventio* et l'*actionis impetratio* [11]. La durée de ces délais jusqu'à la *litiscontestatio* [12] nous est aussi peu connue [13] que celle des anciens *vadimonia*. D'après une constitution de Valentinien, ces délais ne pouvaient être prorogés même en vertu de rescrits impé-

[9] Voy. *testato convenire*, L. 8, § 8, f. D. mand. (17, 1). L. 32, § 14, de rec. (4, 8).

[10] L. 1, § 1, C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14). — *Nisi allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio*, et même *per executorem*, comme dans la L. 3, C. de præscr. 30. (7, 39).

[11] Lœhr (Arch. f. civ. Prax. t. 10, p. 85) pense que la *denuntiatio* était la notification de l'action obtenue, et que le rescrit obtenu et notifié judiciairement remplaçait la formule. Mais nous n'avons trouvé de cette opinion aucun motif. En effet les *denuntiationes* avaient encore lieu depuis que l'action ne pouvait plus être *impetrata* : et la L. 2, C. Th. h. t., qui substitue la *denuntiatio* judiciaire à l'extrajudiciaire, ne parle pas de l'*impetratio*; il n'est pas non plus question d'*impetratio* dans les titres concernant les *denuntiationes*. Symmach. ep. X, 52, cite un cas dans lequel « *intra metas justi temporis* (après la *denuntiatio*) *nequivit exequi propositas actiones.* »

[12] L. 1, 4, 5, 6, C. Th. h. t. L. ult. C. Th. de temp. cursu. Symmach. X, 45.

[13] Nous faisons ici abstraction de la constitution de Constance et de Constant, L. 3, C. Th. de dilat. (2, 7) : « Inter privatos et fiscum, si privatus actionem intendat, quatuor mensium tempora custodienda sunt : cum vero fiscus privato inferat aliquam quæstionem, sex mensium curricula serventur. Utrique parti petendæ dilationis per defensores suos copia non neganda, si hoc commoditatis ratio postulaverit. » Les délais dont parle ce titre ne sont pas ceux nécessaires *ad litem contestandam*, mais ceux du *judicium*. Toutefois il est ajouté que ces délais ne doivent pas être refusés. C'est à cause de ces dernières paroles que cette constitution a été placée sous la rubrique de ce titre : dans plusieurs manuscrits elle est placée sous le titre *de tempore cursu*, comme L. 5; voy. J. Gothofr. ibid. — Le délai pour comparaître était probablement celui de quatre mois accordé aux hommes privés à l'égard du fisc, et dont il est question dans la Nov. Valent. III. L. 2, T. 35, § 14 : c'est le même délai qui est accordé pour la *reparatio*.

riaux [14]. Le demandeur qui ne se présentait pas au jour fixé encourait la déchéance de sa *causa* [15]. Si c'était le défendeur qui faisait défaut, il était traité comme contumace [16]. Mais, d'après une constitution de Constantin, lorsque la partie défaillante avait une cause d'excuse, elle pouvait être relevée de sa déchéance, et ensuite les empereurs furent dans l'usage d'accorder cette faveur; ce nouveau délai toutefois ne pouvait dépasser quatre mois [17]; Arcadius le limita à deux mois lorsqu'il provenait du consentement des parties [18]. Quand la non-comparution dans le nouveau délai provenait de la faute du juge (*si culpa judicis gemino lapsu causa fuerit evoluta*), il était tenu de réparer le dommage qu'il avait causé par sa négligence, et cela d'après une constitution de Constantin [19]. Si l'une des parties mourait pendant le procès, les héritiers jouissaient d'un nouveau délai de quatre mois; c'est ce que nous apprend Constantin, « *latis jamdudum legibus conti-*

[14] L. 4. C. Th. h. t. — ... « Inter justas videlicet legitimasque personas, » c'est-à-dire, d'après les expressions de l'*Interpretatio* : « si tamen litigantium perfectæ probentur ætates. » Nous avons une constitution de Constantin, L. 1, h. t. qui nous apprend comment la *denuntiatio* devait être faite aux pupilles. Voy. aussi Symmach. l. c. : « cum iis *alteri* denuntiata, *aliam* personam temporibus exactis tenere non possit. »

[15] C'est ce qui résulte de la L. 2, C. Th. de temp. cursu, d'après laquelle le juge doit indemniser le demandeur lorsque c'est par sa faute que celui-ci a éprouvé la déchéance : cela résulte aussi de ce que nous trouvons dans Symmach. ep. x, 52; aussi lisons-nous dans Augustin. contra. Donatist. t. 7, c. 25 : « revocatur explosa et convicta præscriptio, diem causæ agendæ jam translisse clamatur. » Ces deux passages supposent que le second délai de quatre mois est écoulé; conf. Jac. Goth. ad L. 1, C. Th. 2, 6. Voyez en outre Nov. Val. 12, ed. R. ou lib. 2, T. 35, § 14.

[16] Nov. cit. § 15, et *infra*, § 151.

[17] L. 1, C. Th. de temp. cursu et Symm. et August. ll. cc conf. L. un. C. Th. si pend. appell. (11, 35). Cujas, Obs. xii, 4.

[18] L. un. C. Th. de dilat. ex consensu (11,33).

[19]. L. un. C. Th. de secundo lapsu (11,32). L. 2, C. Th. de temp. cursu, Symm. l. c. — Cujas, Obs. xvi, 7. Dans la compilation de Justinien nous ne trouvons plus que la L. 2, C. de pœna judicis qui male judicant (7, 49).

netur [20]. » Nous ne connaissons ni ces lois dont parle Constantin, ni celle de ses fils qui décidait que ce nouveau délai aurait la mort pour point de départ. Ils changèrent ce point de départ; ils le placèrent à l'adition d'hérédité, et à la nomination du tuteur pour les pupilles; il devait en être donné connaissance à l'adversaire [21].

§ CXLIV. — *De l'instance sans denuntiatio.*

Lorsque le demandeur avait à procéder contre un absent, il pouvait bien parvenir à l'*editio actionis* devant le magistrat, mais non à un ajournement réel [1] : alors il avait recours aux *missiones*; c'est ce qui eut lieu même sous Justinien. Ainsi, de même qu'on ne pouvait pas toujours, autrefois, arriver à un *vadimonium*, de même on chercha à obtenir justice sans *denuntiatio* ni *rescripti editio*. On procédait ainsi, et par une simple citation, pour les demandes entièrement liquides et pour les affaires urgentes. C'est ce que décide Valentinien pour une prétention clairement justifiée par écrit [2], pour certains cas de révocation de donation [3] et pour l'interdit *unde vi* [4]; et Arcadius veut [5] que l'on puisse « *ruptis denuntiationum ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes proponere*, » sans aucune observation des

[20] L. 3, C. Th. de temp. cursu, laquelle avec L. un. C. Th. si pendente app. mors interv. (11, 35) formait une constitution.

[21] L. 4, C. Th. de temp. cursu. dans Symmach. x, 45, il est question d'héritiers d'un défendeur qui prétendent qu'il faut « *novari tempora possessore mortuo.* » L'objection que le délai ne devait être accordé de nouveau que pour le cas de mort du demandeur, était repoussée avec raison; car les L. 3 et 4, C. Th. cit., parlent des deux parties; peu importe que la L. 4 n'ait eu trait qu'au demandeur (— ita tamen, ut ea res non lateat *possidentem*); voy. J. Goth. ad L. 3, cit., T. 1, p. 128.

[1] L. 2, C. Th. h. t. (2, 4).

[2] L. 3, C. Th. eod.

[3] L. 6, § 1, C. Th. de iis quæ adm. (8, 15).

[4] Dans ce cas, lorsque le rescrit avait été obtenu, le demandeur du moins n'était pas obligé d'attendre l'expiration des délais, L. 5, C. Th. h. t.

[5] L. 6, C. Th. h. t. (2, 4). Conf. aussi L. un. f. C. Th. utrubi (4, 23).

délais ordinaires. Cette décision s'appliquait également aux demandes qui n'excédaient pas cent solides, au prêt, à l'obligation *litterarum*, aux fidéicommis, au cas d'atteinte portée à la possession [6] et à tout interdit [7], à la querelle d'inofficiosité, à l'action de tutelle et à celle de gestion d'affaires. Honorius a placé dans la même catégorie les procès concernant les églises [8].

Dans tous ces cas il n'était donc besoin que d'une simple citation, et même à la fin ont disparu tout à fait les *denun-*

[6] Dans le cas de trouble d'une *momentaria possessio*. Cette expression, comme cette autre, « *momentariæ possesioni restituere*, » était employée dans les derniers temps pour indiquer la possession, par opposition à la propriété, et pour la restitution de la possession au moyen de l'interdit *unde vi* : voy. L. 1, C. si per vim (8, 5), *momenti jure restituere*, Cass. Var. IV, 44; *momentariæ possessionis interdictum*, L. 8, § 1, C. Th. de jurisd. (2, 1), ou L. 8, C. unde vi (8, 4); *momenti actio*, L. 6, C. Th. unde vi (4, 22); *ad repetendum momentum*, L. 4, eod.; *momenti beneficio recipere*, Interpr. ad L. un C. Th. utrubi (4, 23); *possessio et momentum*, L. un. C. Th. si de momento fuerit appellat. (11, 37). D'après Isid. V, 25, cette dénomination vient de la célérité de la procédure. Comme cette célérité n'était pas restreinte aux interdits, ou du moins à l'interdit appelé *momentarium*; comme la *possessio* elle-même était appelée *momentaria*, Savigny (Zeitschr. t. 6, p. 255, note) pense que cette dénomination tient à la qualité temporaire de la possession (L. 1, § 45, D. de aq. quot.) eu égard à la propriété. —Il est clair, contrairement à l'opinion de Heffter, Inst. p. 412 et suiv., que la faveur accordée à l'interdit *unde vi* ne fait pas de la *momenti actio* un moyen juridique particulier.

[7] Il ne faut pas conclure de là que l'opinion attaquée par nous § 71, note 21, *supra*, trouve ici quelque appui; car certainement, dans toutes les autres actions mentionnées dans le texte, il fallait des preuves complètes. La célérité de la procédure ne consistait qu'à abréger les préliminaires du procès. Il n'est question nulle part d'un *summatim cognoscere* pour les interdits. S'il a été décidé qu'il n'y aurait pas d'appel pour l'interdit *quorum bonorum*, cette décision ne s'appliquait pas aux autres interdits, et d'ailleurs reste toujours le droit de *supplique*, voy. *infra*, § 173, *in fine*. L'*interdictum unde vi* a été favorisé par les empereurs chrétiens en ce sens qu'il pouvait être obtenu, sans pouvoir, au nom d'un absent, par quiconque avait possédé à sa place, et même par des esclaves, L. 1, C. Th. unde vi (4, 22), ou L. 1, C. si per vim (8, 5). L. 4, 6, C. Th. eod. L. 3, C. qui legit. (3, 6), Savigny, l. c. p. 247 et suiv.

[8] L. 7, C. Th. h. t. (2, 4).

tiationes, ou plutôt toutes les formalités relatives aux délais qui accompagnaient ces *denuntiationes* et la *rescripti editio*; il en fut ainsi du moins du temps de Justinien [9], dans les compilations duquel il n'est plus question [10] ni des *denuntiationes* [11], ni des exceptions que nous avons signalées [12]. Il y eut toujours une *conventio*, en ce sens que le rescrit impérial obtenu par le demandeur [13], ou l'ordonnance du juge qui accueillait la

[9] Dans la Nov. Marc. de l'année 450, tit. 1, § 1, la Nov. Valent. III de l'année 452, et L. 2, tit. 35, § 14, il est question d'une *editio* devant le magistrat comme nécessaire pour introduire une demande: mais ce qui prouve qu'il s'agit ici d'une *denuntiatio*, c'est le délai de quatre mois.

[10] En supposant que, de cette expression « *ruptis denuntiationum ambagibus* » de la L. 6, C. Th. h. t., on ait fait, dans la L. ult. C. de int., cette autre expression « *ruptis* VETERIBUS *ambagibus*, cela signifie purement et simplement, comme dans les Inst. de Just. *de interdictis*, que, l'ancien ordre de procédure ayant été supprimé, les interdits sont entrés dans la catégorie des actions proprement dites; mais *extraordinariæ*, voy. § 90, *in fine*, *supra*. Le droit de Justinien n'offre donc pas une procédure particulière pour les interdits; seulement, par les mots *omnibus frustrationibus amputatis*, de la L. 3, C. quor. bon. et de l'interdit *unde vi*, et les mots *momenti actio* de la L. 8, C. unde vi (8, 4), L. 1, C. si per vim (8, 5), L. 14, C. de agric. (11, 47), il est recommandé d'expédier les interdits promptement, voy. § 173, *in fine*, *infra*.

[11] Tous les titres concernant cette matière, dans le Code théodosien, manquent dans Justinien, tandis qu'il a emprunté à ce Code ce qui est relatif à la *vocatio in jus* et à la *cautio in judicio sistendi causa facta*; en outre, tout ce qui avait trait aux *denuntiationes* se trouve interpolé dans les compilations de Justinien, conf. L. 6, C. Th. h. t. avec L. 4, C. de int. (8, 1). L. 1, C. Th. h. t. avec L. 2, C. si ex plurib. (5, 40). L. 11, C. Th. de domin. rei (2, 5) avec L. 1, C. de consort. ejusd. lit. (3, 40). L. 3, C. Th. de dilat. (2, 7) avec L. 6, C. de dilat. (3, 11). — C'est à tort que l'on cite ici la L. 7, 9, C. quom. et quando (7, 43), laquelle, comme Paul, V, 5 a, § 7, ne concerne que les *denuntiationes* pour les contumaces, voy. § 151, *infra*.

[12] « Hodie generaliter omnes causæ sunt agendæ confestim, » dit Cujas, Obs. XVI, 7.—Savigny, p. 246.

[13] Conf. § 143, note 10, *supra*. L. 2, C. quando lib. (1, 20). L. 6, C. unde vi (8, 4). L. 33, init. C. de donat. (8, 54), — vel jus contestationis (le droit à la *litisc.*) divino rescripto meruissent.

requête à lui présentée (*jussus magistratus, sententia commonitoria*) était notifiée au défendeur par des *executores* [14]; de cette manière on peut admettre qu'il y eut toujours une *vocatio in jus* pour ouvrir l'instance [15]. Il n'était pas nécessaire toutefois [16] que l'on composât un *libellus conventionis* [17] (c'est-à-dire, non une requête dans le sens que nous attachons à cette expression [18], mais un acte quelconque indiquant les conclusions que l'on voulait prendre ensuite dans les débats; genre d'*actionis editio per libellum* qui se rencontre quelquefois dans le système formulaire), on pouvait se contenter de faire connaître sa demande *ad acta* et de la faire insinuer par l'*executor*. Sur la notification qui lui en était faite par l'huissier (*executor*), le défendeur devait donner caution de comparaître : cette obligation pour le défendeur de donner caution n'était pas une innovation de Justinien, elle existait déjà lors

[14] L. 25, § 1, 2, L. 33, pr. C. de episc. (1, 3). L. 3, C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40). L. 8, C. unde vi. L. 17, § 1, C. de dign. (12, 1). L. ult. init. C. de castrens. (12, 26). § 26, J. de act. — Schulting, ad Tit. de in jus voc. § 3, Exerc. acad. t. IV, p. 145. Heffter, Inst. p. 291.

[15] § 3, J. de pœn. tem. lit. (4, 16), conf. avec § 111, *in fine*, *supra*, d'où il résulte que la *vocatio in jus* avec violence a été supprimée de bonne heure. La *vocatio* privée a été supprimée également, voy. L. 2, C. Th. (2, 4): on voit que le nom de *vocatio in jus* est resté à la citation par *executores*, voy. L. un. C. Th. de his qui pot. (2, 14), et L. 25, pr. L. 33, § 1, C. de episc. (in judicium — in litem vocare). — Les opinions à ce sujet ont été jusqu'ici chancelantes; voy. Huber, prælect. ad Tit. Pand. de in jus voc. § 1. Idsenga, varia, c. 6 f. p. 49 sq. Glück, opusc. fasc. II, p. 314 sq. not. 26. Voy. aussi Almendingen, dans le Magazin de Grolman, t. 1, p. 301-306.

[16] La L. 17, § 1, C. de dignit. (12. 1) donne aux *personæ illustrium* le privilége de ne pouvoir être citées *sine scriptis habita sententia*. Dans une constitution qui a été restituée par Cujas, Obs. XIII, 11, L. ult. C. de in jus voc. (2, 2), il est question encore de *vocare in jus cum* ou *sine scripto*.

[17] L. 3, C. de ann. exc. (7, 40).

[18] Les *contradictorii libelli* de la L. un. C. de his qui potent. (2, 15), ne sont pas des écrits contenant l'exception du défendeur, mais une pure *laudatio auctoris*; voy. J. Goth. ibid.

des *denuntiationes* [19]. Cette caution était évidemment l'ancienne *cautio judicio sistendi*, avec une forme nouvelle; elle était donnée à l'*executor*, qui recevait aussi des épices [20]. On pouvait quelquefois, par l'*executor*, obtenir l'exhibition personnelle du défendeur [21]; dans ce cas l'*executor* devait avoir ce dernier sous sa garde jusqu'à l'ouverture du procès [22]. Dans une novelle [23] il est dit que le défendeur doit souscrire, dans les dix jours de l'insinuation, l'acte de citation qui lui a été remis par l'huissier, et fournir la *judicialis cautio* [24]: Justinien ici veut qu'une simple *admonitio* ne soit plus suffisante, qu'on remette au défendeur un *libellus*, et il accorde vingt jours à ce dernier pour fournir sa caution, pour souscrire ce *libellus*, et pour payer les épices de l'huissier; ce n'est qu'après ces vingt jours que l'on procède à la *litiscontestatio* [25]. D'après une novelle postérieure, le *libellus conventionis* n'était valable qu'autant que le demandeur avait pris l'engagement de procéder à la *litiscontestatio* dans le délai de deux mois, sous peine de payer au défendeur le double des frais déjà faits, laquelle peine cependant ne pouvait pas dépasser 36 solides [26]. Pour réprimer de plus en plus les chicanes du demandeur, Justinien décida que les *conventionales libelli* ne seraient présentés au défendeur, ou que les épices ne pourraient être

[19] Nov. Val. III, 12, ed. R. ou L. 2, t. 35, § 15 : « vel fidejussionis vinculo constituto. » Symmach. ep. I, 27.—L. 25, § 1, 2, L. 33, pr. C. de episc. (1, 3).—§ 2, J. de satisd. (4, 11). Nov. 1, c. 1, § 1.

[20] Voy. § 181, *infra*.

[21] De la constitution de Constantin, L. 1, C. Th. de off. jud. omn. (1, 10), ou L. 1, C. de off. div. jud. (1, 48), il résulte que, pour les *publica debita*, on pouvait, par des *officiales*, faire chercher le débiteur dans sa maison : mais il y avait exception pour la *materfamilias*.

[22] L. 1, C. de sport. (3, 2). Conf. Nov. 151, c. 1.

[23] C'est aux novelles que Goldschmid a placé le point de départ de son histoire du *libellus conventionis*, dans ses Abh. aus dem Civilp. no 1. Voy. aussi Heffter, p. 292.

[24] Nov. 53, c. 3, pr.

[25] Nov. cit. c. 3, § 1, 2. — Nov. 82, c. 10, fin.

[26] Nov. 96, c. 1.

exigées de lui, qu'après que le demandeur aurait souscrit ces *libelli* et aurait donné une caution reconnue solvable par le juge, et dont celui-ci répondait, pour garantir qu'il poursuivrait l'instance jusqu'à sentence définitive. En cas de non-succès, il devait rembourser au défendeur tous les frais, et lui payer en outre le dixième de la somme indûment réclamée [27]; quand il ne pouvait pas trouver de répondant, on se contentait de sa caution juratoire [28]. Dorénavant l'exhibition personnelle ne pouvait plus être ordonnée que par l'empereur ou le préfet du prétoire [29].

§ CXLV. — *Ce qui est resté de l'ancienne procédure.*

La première question à examiner dans un litige est celle de savoir si la demande est recevable; si elle ne l'est pas, elle doit être immédiatement rejetée [1]; si elle est recevable, il faut examiner la compétence du *forum*, s'il n'y a pas eu omission de la *denuntiatio*, ou si, la *denuntiatio* ayant eu lieu, les délais de celle-ci sont expirés [2]. Nous ne savons pas si l'aveu devait avoir les conséquences qu'il avait autrefois dans les *extraordinariæ actiones*, ou s'il constituait un droit formel comme dans le système formulaire [3]; nous ne savons pas davantage quels étaient les effets de la délation de serment (*in jure*). Cependant, comme ce qu'il y avait d'essentiel dans la procédure formulaire n'a pas été supprimé, comme la réforme de cette procédure n'a

[27] Il faut avouer que Zimmern, en disant que le demandeur, dans le cas de non-succès, doit rembourser tous les frais, et, en outre, payer le dixième du litige, semble ajouter la novelle 112, c. 2, qui porte seulement ces mots : « sumptuum et expensarum nomine *decimam partem ejus quantitatis*, etc., » d'où il résulte que le demandeur qui échoue doit payer seulement le dixième de la somme indûment réclamée, pour tous frais. (E.)

[28] Nov. 112, c. 2, conf. § 181, *infra*.

[29] Nov. 151, c. 1.

[1] Voy. Mittermaier, Arch. f. civ. Prax. t. 5, p. 358.

[2] Voy. dans Symmach. x, 45 : « Ego in referendo prolixus esse non debui, cum peno in ipso actionum vestibulo repulsa legibus causa constiterit. »

[3] Hollweg, Versuche, p. 287 et suiv.

pas été fondamentale, et comme les compilateurs de Justinien en ont admis les principes, nous devons penser que les règles relatives à l'aveu et au serment ont été maintenues, en ne perdant pas de vue toutefois que, sous les empereurs chrétiens, la théorie n'était pas toujours rigoureusement suivie. Seulement il est certain que les *interrogationes in jure* ont disparu avec l'*ordo judiciorum*, en ce sens qu'elles n'ont plus donné lieu à des actions interrogatoires [4]. Les magistrats, étant en même temps juges, avaient le droit illimité de provoquer par leurs questions et par toutes sortes de recherches la révélation des faits qui pouvaient amener la découverte de la vérité [5]; dans ce sens on peut comprendre pourquoi le titre *de interrogationibus in jure* a passé dans la compilation de Justinien, où les *interrogationes* ne sont plus que des moyens d'arriver à la preuve [6]. Les principes de droit qu'invoquent les parties sont puisés dans les écrits des jurisconsultes et dans les constitutions impériales, ou dans des rescrits (alors rares) [7] obtenus pour le cas spécial en question. Ces monuments invoqués par les parties étaient ordinairement lus (*legi*, *recitari*) [8].

§ CXLVI. — *De la litiscontestatio moderne* [1].

Toutes les diverses manières d'amener un défendeur à une *cognitio*, qui ont été indiquées jusqu'ici, ne peuvent se confondre avec l'engagement des débats devant le magistrat, la *litiscontestatio*, acte par lequel les deux parties en viennent aux prises, l'une en présentant sa demande, l'autre en opposant ses

[4] L. 1, § 1, D. de int. in jure; voy. § 125, note 13, *supra*.

[5] L. 1, C. Th. de judiciis (2, 18). L. 11, C. Th. de app. (11, 30). L. 5, C. de off. rect. prov. (1, 40). Nov. 112, c. 3. Hübbe, de exc. rei jud. p. 37 sq.

[6] La L. 1, § 1, D. cit. est interpolée.

[7] Voy. § 143, note 5, *supra*.

[8] Voy. § 143, note 4, *supra*, L. un. (3), C. Th. de resp. prud., et le passage ci-dessus de Symmaque, où il est question de la *lectio* d'une constitution impériale, et d'une *contrariæ legis recitatio*. Conf. J. Gothofr. ad L. un. C. Th. cit.

[1] Heffter, Instit. p. 293 et suiv.

défenses [2]. Le *libellus conventionis*, pas plus que l'ancienne *actionis editio*, ne dispense le demandeur de présenter ses moyens, ni le défendeur ses réponses. De cette manière, la *litiscontestatio*, du moment qu'on ne la considère pas comme un acte spécial, a encore la même signification que sous le système formulaire. C'est toujours le moyen de déduire *in judicium* [3] les prétentions des parties [4], de fixer les points litigieux qui doivent être l'objet des preuves à faire devant le magistrat cumulant les fonctions de juge. Quoiqu'il n'y ait plus de formule, il ne faut pas moins qu'à cette époque de l'instance, on fasse valoir toutes les exceptions qui autrefois devaient être insérées dans la formule, spécialement les exceptions dilatoires [5]; quant aux exceptions péremptoires, on permettait de les faire valoir plus tard, de même qu'autrefois on restituait *in integrum* celui qui les avait omises. Une novelle de Justinien [6] dit encore que le contrat judiciaire est formé par la *litiscontestatio* et non par la citation; d'un autre côté toutes les conséquences matérielles de l'ancienne *litiscontestatio* se trouvent reproduites dans la compilation de Jus-

[2] L. 5, 6, C. Th. de denunt. (2, 4) : — inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes — proponere. L. un. § 1, C. Th. de act. certo temp. fin. (4, 14) : — post litem contestatam, in judicio actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu. Just. L. 14, § 1, C. de jud. (3, 1) : — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam; conf. L. 2, C. de jurej. propt. cal. (2, 59) : — post narrationem et responsionem. L. 33, C. de don. (8, 54). — Nov. 53, c. 3. Nov. 82, c. 10, f. Nov. 96, c. 1.

[3] Goldschmidt, über Lit. Cont. p. 25, prétend que l'ancienne *litiscontestatio* a éprouvé une révolution complète; mais cette opinion vient de ce qu'il a une fausse idée de l'ancienne *litiscontestatio*. Keller, qui dit à peu près la même chose, p. 63, croit cependant que tout le changement consiste en ce que le point de la procédure qui constitue la *litiscontestatio* n'est plus aussi précis.

[4] L. un. § 1, C. Th. cit.

[5] En ce sens on peut toujours dire qu'il y a une interpolation dans la L. 1, C. de litisc. (3, 9) : « Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit. »

[6] Nov. 53, c. 3.

tinien ; seulement, dans ce dernier état de la procédure, le droit préexistant n'est plus absorbé par la *litiscontestatio* [7], mais par la sentence, et il ne se trouve même plus absorbé que d'une manière indirecte [8]. Aussi l'erreur commise dans la demande peut-elle être réparée pendant toute la durée de l'instance [9]. Le peu de changements qu'ont éprouvés les principes de la *litiscontestatio* consistent principalement [10] en ce que quelques-uns de ses effets sont maintenant attribués à la citation, qui elle-même a conservé tous ses anciens effets [11]. Ainsi, autrefois c'était la *litiscontestatio* qui perpétuait les actions temporaires (§ 121, n° 1, *supra*) ; en vertu d'une décision d'Arcadius, le même effet est produit par la simple demande du rescrit impérial [12]. Théodose II, en établissant la prescription de trente ans pour les actions perpétuelles, suppose qu'elles n'ont pas encore été intentées ; il veut, pour qu'on interrompe cette prescription, qu'il y ait eu une véritable *conventio* notifiée par un huissier ; l'obtention d'un rescrit impérial, et même sa présentation en justice, ne suffirait pas ; il accorde une nouvelle durée de trente ans à l'action, à partir de cette *conventio*, ou de la *litiscontestatio*, si elle a eu lieu [13]. D'après Justinien, elle est de quarante ans [14] ; et, en outre, cet empereur décide encore que les actions temporaires deviendront perpétuelles en vertu d'une *rescripti impetratio*, mais qu'il n'en sera ainsi que pour les actions

[7] Ce qui le prouve, c'est qu'on ne trouve plus l'exception *rei in judicium deductæ* dans la compilation de Justinien ; c'est encore que Théodose II, dans la L. un. § 1, C. Th. cit., permet de présenter sous un nouvel aspect une action sur laquelle il y avait déjà eu *litiscontestatio*.

[8] § 5, J. de exc. (4, 13). Hollweg, Vers. p. 152.

[9] § 35, J. de act. Conf. avec Gaius, IV, 56. Voy. Bayer, p. 47-55, l. c.

[10] Il faut faire abstraction des conséquences qui tenaient à la formule elle-même, comme la perte résultant de la plus-pétition (§ 178, *infra*).

[11] Voy. § 27, *in fine*, *supra*, et la note 16 du § 144, *supra*.

[12] L. 8, C. Th. de div. rescr. (1, 2). L. 1, C. quando libellus (1, 20).

[13] L. un. § 1, C. Th. cit. Voy. aussi la Nov. Valent. 12.

[14] L. 9, C. de præscr. 30 (7, 39). L. 1, § 1, C. de ann. exc. (7, 40). Linde, Zeits. f. Civilr. u. Proz. t. 2, p. 171.

prétoriennes qui sont annales [15]. Ainsi, sous Justinien, la *rescripti editio* n'avait pas en général les effets de la *litiscontestatio* [16].

En ce qui concerne l'objet litigieux [17], une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, est digne de remarque. D'après cette constitution, si une personne lègue une chose ou une créance litigieuse (*rem litigiosam vel ambiguum chirographum*), son héritier doit en donner la valeur au légataire, et intenter le procès à ses risques et périls [18]. Justinien défend d'aliéner, pendant le procès, soit l'objet litigieux, soit l'action; mais ce n'est qu'à l'aliénation de la chose litigieuse que s'applique la peine infligée par cet empereur. Si donc l'acquéreur achète cette chose connaissant cette circonstance, le fisc s'emparera de cette chose, et recevra en outre de cet acquéreur la valeur de cette chose. S'il ignore cette circonstance, non-seulement l'aliénation est nulle, mais le vendeur doit rendre à l'acquéreur le prix qu'il a reçu, et lui payer en outre le tiers de la valeur de l'objet aliéné. En cas de donation, c'est la valeur de l'objet, au lieu du prix, qui doit constituer la peine; sont exceptées de cette disposition les aliénations pour cause de dot, de donation *propter nuptias*, de transaction, de partage ou de disposition de dernière volonté [19]. Une dernière décision de Justinien, d'après laquelle l'objet n'est considéré comme litigieux qu'à compter de la citation, se réfère seulement aux objets réclamés par une action réelle [20].

§ CXLVII. — *Du juge et de la preuve.*

Les *denuntiationes* garantissant aux plaideurs des délais assez

[15] L. 2, C. quando libellus (1, 20).

[16] La L. 33, init. C. de don. (8, 54), doit être rapprochée de la L. 2, C. cit. Les actions aliénées à titre gratuit deviennent transmissibles par la *litiscontestatio*, ou bien (lorsqu'elles sont annales) par la *rescripti impetratio*.

[17] Mühlenbruch, Cession, 2e édit. p. 372.

[18] L. 3, C. de litigios. (8, 37).

[19] L. ult. cod.

[20] Nov. 112, c. 1.

longs pour comparaître, ils avaient tout le temps de préparer leurs moyens [1]. Autrefois, en effet, ce qui portait les parties, après la *litiscontestatio*, à procéder aux débats sans délai, c'était le peu de temps qu'elles avaient pour faire rendre la sentence ; maintenant elles y étaient portées par la nécessité de ne pas mettre d'intervalle entre le premier exposé et les preuves [2]. Quelquefois cependant la procédure elle-même nécessitait certains délais, lesquels étaient impartis comme du reste ils l'étaient auparavant (§ 130, *in fine supra*) [3] : mais de même qu'il n'y avait pas de délais pour les preuves devant les centumvirs, de même il n'y en avait pas pour les preuves qui devaient se faire dans le *sacrum auditorium* [4].

Nous ne pouvons savoir si le magistrat, appelé aussi juge, et qui l'était réellement dans cette circonstance, était soumis, pour l'exercice de ses fonctions, à d'autres règles que l'ancien juge [5]. Dans tous les cas, il est certain qu'il ne tenait pas sa mission, sa *judicandi potestas*, d'une formule à lui adressée ; il la puisait dans l'étendue de ses propres pouvoirs, qui comprenaient et les fonctions de magistrat et celles de juge. Quant à la direction des débats et de la procédure, il avait pour guides, comme le juge, les principes généraux modifiés par les actes juridiques qui avaient précédé et amené la *litiscontestatio*.

Cela posé, il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots des divers changements apportés dans l'administration des preuves ; c'est ce qui fera l'objet des trois paragraphes suivants.

[1] Voy. une exception dans la L. 1, C. Th. de dilat. (2, 7).

[2] L. 1, C. Th. cit. Nov. Valent. 12, ou II, 35, § 14.

[3] Tit. de dilat. C. Th. 2, 7, et à partir de la L. 2, C. 3, 11. — J. Gothofr. ad tit. C. Th. cit.

[4] L. 5, C. de dilat. L. 1, C. de relat. (7, 61). Conf. *supra*, § 16, et Cujas, Obs. x, 20.

[5] Le titre *de officio judicis*, aux Institutes de Justinien, ne fait que rappeler les anciens principes.

§ CXLVIII. — *De la preuve par témoins* [1].

D'après une constitution de Constantin, les personnes qui étaient appelées à déposer dans une affaire civile devaient d'abord prêter serment; mais un témoin unique ne pouvait être admis [2]. Encore à cette époque on ne pouvait être contraint à servir de témoin. Zénon, d'abord, exigea que celui qui avait figuré comme témoin dans un acte, ou qui déjà avait déposé sur un fait, vînt témoigner en justice relativement à cet acte ou à ce fait [3], et que quiconque se trouverait en présence du juge pour rendre témoignage fût soumis à son autorité et à sa discipline [4]. Enfin, Justinien, dans une constitution qui n'a pas été conservée, a décidé qu'on serait contraint à déposer même dans les affaires civiles, à moins que la loi n'en dispensât spécialement; ainsi les parents ne pouvaient être forcés de témoigner contre leurs parents, ni les affranchis contre leurs patrons, ni les avocats contre leurs clients [5]. Les excuses [6] fondées sur l'âge, la maladie et les fonctions, spécialement celles de soldat, pouvaient aussi être invoquées dans les affaires civiles; toutefois, comme cette même consti-

[1] Voy. § 133, note 1, *supra*. C. Th. de fide test. et instrum. (11, 39).

[2] L. 3, init. C. Th. h. t. ou L. 9, C. h. t. (4, 20). Malblanc, de jurejur. ed. 2, p. 217-222. Van de Water, Obs. III, 1, en voulant corriger le texte, ne s'est pas aperçu que la prestation de serment par les témoins n'avait lieu autrefois que dans les affaires criminelles. Voy. *supra*, § 133, note 4.

[3] L. 15, § 1, C. h. t.

[4] L. 14, C. eod. Il y a dans ce passage « *judicantis secretum intrare*, » ce qui a donné à penser qu'alors chez les Romains on entendait les témoins en secret : mais cette expression indique seulement le lieu où les témoins étaient entendus. Conf. Gundling, de testium clandestino examine, Gundlingiana, P. IX, p. 372-376. F. G. Kœpping, de exam. testium sec. princ. jur. rom. Lips. 1776, 4. H. M. Hebenstreit, de interrogatione testium in secreto, Lips. 1780, 4. Voy. notes 8 et 9.

[5] L. 16, C. h. t. Voy. Cujas, Obs. VIII, 13, et XIII, 38. C'est à cela que se réfère Justinien, dans la L. 19, C. eod. Conf. L. 4, 5, L. ult. D. h. t. (22, 5). Paul, V, 15, § 2.

[6] L. 6, § ult. L. 8, 19, D. eod.

tution de Justinien permet de faire entendre à domicile certaines personnes de distinction, on peut en conclure qu'on recourait au même moyen pour obtenir la déposition des personnes dont nous venons de parler [7]. Au reste, l'audition des témoins avait lieu devant le juge, en présence des parties ou de leurs avocats; c'est ce que décide encore Justinien d'une manière expresse [8]. Les parties pouvaient elles-mêmes interpeller les témoins directement; ce droit leur avait été conservé à cette dernière époque: c'est ce que constate un procès-verbal d'enquête, de l'année 557, qui a échappé à l'injure des siècles, relativement à une audition de témoins qui avait duré plusieurs jours [9]. Il résulte aussi de ce procès-verbal que les témoins ne répondaient pas seulement aux interpellations, et ne déposaient pas sur chaque fait en particulier; mais qu'ils exposaient avec suite et ensemble tout ce qui était à leur connaissance sur l'affaire en litige. Leurs dépositions étaient consignées fidèlement et mot pour mot sur le procès-verbal, comme cela d'ailleurs se pratiquait chez les Romains pour tous les *gesta* [10]. Justinien a encore prescrit l'observation de cette règle dans une novelle [11]. Cette même novelle permettait de procéder à de nouvelles enquêtes, lorsque les dépositions déjà obtenues n'étaient pas suffisantes; elle le permettait également lorsque l'adversaire n'avait pas été présent à l'enquête, parce qu'alors elle était sans effet: toutefois Justinien a ensuite décidé que

[7] Glück, comm. t. 22, p. 181-184. D'après la Nov. 123, c. 7, les évêques doivent aussi être interrogés à domicile.

[8] L. 18, C. de fide instrum. (4, 21), L. 19, C. h. t. Nov. 90, c. 4, et c. 9. Voy. les auteurs de la note 4, et Spangenberg, Arch. f. civ. Prax. t. 6, cah. 2, n° XI. La L. 18, C. cit. qui est de Justinien, veut que, lorsque les témoins à entendre sont placés sous la juridiction d'un autre juge, celui-ci reçoive leurs dépositions en présence des parties, et qu'ensuite le résultat de ces dépositions soit rapporté au juge qui doit statuer sur le litige.

[9] Spangenberg a emprunté au recueil de Marini ce procès-verbal d'audition de témoins, pour l'insérer dans son *Juris rom. negotior*, Lips. 1822, p. 304-306. Voy. Archiv. l. c. p. 221 et suiv.

[10] Spangenberg, p. 225 et suiv.

[11] Nov. 90, c. 3.

l'enquête faite en l'absence de l'adversaire serait valable, si celui-ci avait été dûment cité et avait pu se présenter [12]. Le demandeur sur l'enquête ne pouvait obtenir une quatrième audition de témoins que s'il affirmait par serment que son intention n'était pas de prolonger le procès. Quant à la personne des témoins et à la confiance que devaient inspirer leurs dépositions, on suivait toujours les anciens principes. Une constitution de Constantin ne dit rien de neuf en énonçant que les personnes d'un rang élevé sont plus dignes de foi que celles de la classe inférieure [13] : mais Justinien innova en décidant que celui qui a fait entendre des témoins dans un procès ne peut plus dans un nouveau procès les récuser, à moins qu'il ne prouve que depuis lors il est survenu une inimitié qui autorise la récusation, ou qu'il ne démontre clairement qu'ils ont été corrompus [14]. Plus tard, Justinien indiqua comme cause d'inimitié autorisant la récusation, une accusation criminelle. Une simple contestation civile ne rend que suspect [15]. Au reste, à cette époque, les apostats, ceux qui profanaient le baptême en le recevant plusieurs fois [16], et en général, d'après Justinien, les hérétiques, étaient incapables d'être témoins [17].

§ CXLIX. — *De la preuve par titres* [1].

Quant à la preuve par titres, les principes anciens conservent leur empire. Toutefois Justinien a fait à ce sujet une innovation en décidant que celui qui est appelé en justice pour produire un titre dans une cause qui lui est étrangère, doit être mis sur la même ligne que celui que l'on provoque à un témoignage; que par conséquent il ne peut refuser d'exhiber son

[12] Nov. 90, c. 9.
[13] L. 3, pr. C. Th. L. 9, pr. C. h. t.
[14] L. 17, C. h. t.
[15] Nov. 90, c. 7.
[16] L. 11, C. Th. h. t. de apost. (16, 7). L. 3, C. eod. (1, 7).
[17] L. 21, C. de heretic. (1, 5).
[1] Voy. *supra*, § 134, note 1, et C. Th. cit. § 148, note 1, *supra*.

titre à celui qui l'a fait citer dans ce but que dans les cas où, étant appelé comme témoin, il aurait le droit de ne pas déposer; qu'au surplus, il peut, en affirmant par serment qu'il ne possède pas le titre demandé, ou que l'exhibition de ce titre pourrait lui nuire à lui-même, échapper à l'obligation de le produire [2]. Dans une autre constitution, le même empereur a permis à celui contre lequel un titre avait été exhibé d'en exiger une exhibition nouvelle, pourvu qu'il affirmât par serment qu'il voulait l'arguer de faux [3]. D'après une constitution de Constantin, c'était à celui qui avait produit un titre à en établir l'authenticité, lorsqu'elle était contestée [4]; quant à la preuve de l'authenticité, elle se faisait aussi par une comparaison [5] de titres déjà avant Justinien [6]. Cet empereur s'est occupé de cette matière d'une manière spéciale; il y est revenu à plusieurs fois; il a surtout déterminé quels étaient les titres qui devaient servir de pièces de comparaison : dans une de ses constitutions concernant la peine à infliger à celui qui déniait à tort son écriture, on voit le peu de confiance qu'inspirait à cet empereur la vérification d'écriture [7]. En 530, il décida que les titres privés ne pourraient plus servir de pièces de comparaison, à moins qu'ils ne fussent souscrits par trois témoins dont deux au moins auraient reconnu leur signature. Hors de là, on ne pouvait prendre comme pièce de comparaison un titre privé, lors même qu'il aurait été produit par la partie

[2] L. 22, C. h. t. (4, 21). Voy. Cujas, Obs. x, 8.

[3] L. 21, C. eod.

[4] L. 4, C. Th. h. t. (11, 39). (Zimmern, dans son texte allemand, semble mettre la preuve à la charge de celui qui conteste l'authenticité : mais il y a évidemment ici une faute typographique, on a imprimé *producten* au lieu de *producent*. Celui qui dénie l'authenticité ne peut être chargé de prouver l'*authenticité*. Au reste, il ne s'agit pas ici de l'authenticité d'un titre public, sans quoi ce serait à celui à qui il serait opposé à l'attaquer comme faux. Voy. Glück, comm. t. 22, p. 33. E.)

[5] Goldschmidt, Abh. p. 101-105. Gensler, Archiv. f. civ. Pr. t. 2, p. 330 et suiv. Glück, comm. t. 22, p. 87 et suiv.

[6] L. 2, § 1, C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9, 19), ou L. 22, C. eod. (9, 22).

[7] L. 16, C. h. t. Voy. Cujas, Obs. x, 8.

contre laquelle la vérification se faisait; il fallait absolument des actes publics (*forensia vel publica*); et les experts qui devaient procéder à la vérification étaient soumis au serment [8]. En 536, Justinien se trouva amené à permettre de prendre comme pièces de comparaison des titres privés, mais pourvu qu'ils eussent été produits par la partie adverse, ou qu'ils eussent été déposés dans les archives [9]. Mais plus tard, dans une novelle longuement détaillée [10], il apporta encore des entraves à ce genre de preuves, pour le cas où la valeur du litige était d'une livre d'or [11]. Quoi qu'il en soit, le cas qui s'était présenté en Arménie donna occasion à Justinien de décider que, si des titres étaient reconnus faux par des experts, et étaient prouvés être vrais par des témoins souscripteurs de ces mêmes titres, qui se seraient découverts depuis, on devait donner la préférence à ces derniers.

Justinien s'est aussi, de temps à autre, prononcé sur la foi qui était due aux énonciations contenues dans les titres; mais il n'a fait, à ce sujet, que confirmer d'anciens principes dont l'intelligence n'offre aucune difficulté [12].

§ CL. — *Du serment* [1].

Le juge peut encore, après la procédure relative aux preuves, déférer le serment. Justinien considère la délation de serment de la part d'une partie purement et simplement comme un moyen de preuves, et il permet à celui qui l'a déféré de le rétracter jusqu'à la sentence; mais après l'avoir rétracté, s'il a encore besoin de preuves, ce n'est plus au serment qu'il

[8] L. 20, C. h. t.
[9] Nov. 49, c. 2.
[10] Nov. 73.
[11] Nov. cit. c. 8, fin.
[12] Nov. 18, c. 8. Goldschmidt, p. 92-94. — Nov. 119, c. 3. (Au reste, il est permis de dire, avec Glück, t. 22, p. 96, que les admirateurs de Justinien peuvent s'extasier devant ses innovations, mais qu'ici surtout il ne nous a guère laissé que le chaos. E.)
[1] Voy. *supra*, § 135, note 1.

peut recourir [2]. Il suppose que le serment peut être déféré en tout état de cause jusqu'à la sentence [3], et il veut que le serment déféré, soit par le juge, soit par la partie, soit prêté sur-le-champ, de peur que la mort ne vienne surprendre celui à qui il est déféré [4]. Si la partie à laquelle le serment a été déféré ne veut pas le prêter, en prétendant qu'elle n'y est pas obligée, le juge doit rendre la sentence comme si le serment avait été refusé; mais dans ce cas il y aura lieu à appel : il en serait autrement si le serment avait été refusé purement et simplement et sans allégation [5]. Viennent ensuite des dispositions sur le serment déféré aux absents [6], et sur les cas où, suivant la qualité des personnes, le serment peut être prêté devant le juge ou à domicile; mais en ceci Justinien n'a fait que confirmer des règles admises depuis longues années [7]; il en est de même de ce qu'il a décidé sur la relation du serment et sur le *calumniæ juramentum* [8]. Dans un cas tout-à-fait spécial, si le serment prêté se trouve être faux, il ne produit pas d'effet [9].

Quant au *juramentum in litem*, on s'en tient aux anciens principes [10].

§ CLI. — *De la contumace et de la péremption.*

Lorsque le demandeur ne se présente pas, le défendeur est absous (v. § 143 *supra*). Mais si c'est le défendeur qui fait défaut, « *evocatus secundum ordinem juris sententiam excipiat contumacis ;* » ainsi s'exprime Valentinien III [1]. Déjà vers

[2] L. 11, C. h. t. (4, 1).
[3] L. 12, pr. f. eod.
[4] L. 12, pr. § 1, eod.
[5] L. 12, § 2, eod.
[6] L. 12, § 4, eod.
[7] L. 12, § 5, eod. Conf. avec § 127, n° 7, *supra*.
[8] L. 12, § 6, eod.
[9] L. 13, C. eod. Voy. aussi les derniers mots de la L. 1, eod.
[10] La L. 9, C. unde vi (8, 4), de Zénon, n'applique que les principes ordinaires, et exige une *taxatio* préliminaire de la part du juge. Voy. aussi Nov. 82, c. 10.
[1] Nov. Val. 12, ou lib. 2, tit. 35, § 15.

l'époque de Dioclétien les trois édits avaient été remplacés par trois *denuntiationes* (*litteræ*); mais elles ne différaient des édits qu'en ce qu'elles n'étaient pas publiées [2]; Valentinien, dans ce passage, se réfère donc à l'ancienne manière de procéder par contumace, que l'on avait continué à observer, et qui a passé dans la compilation de Justinien [3]. Cet empereur s'est occupé aussi de la contumace et de la prescription d'instance [4].

Le principe que l'instance ne devait durer qu'un certain temps limité, lequel était tombé en désuétude dans les provinces déjà depuis longtemps (§ 128), paraît avoir tout-à-fait disparu avec l'ancien *ordo judiciorum*; lors surtout que les magistratures furent à vie; car tous les *judicia* étaient devenus *imperio continentia*. Une fois qu'une action avait été soumise à la *litiscontestatio*, on pouvait la laisser pendante et la reprendre quand on le voulait, jusqu'à ce que Théodose le Jeune vint limiter la durée des instances (§ 146). Avant cet empereur les actions étaient donc illimitées, excepté dans certains cas [5]. Ainsi Constantin avait décidé qu'on n'aurait que deux ans pour intenter l'action de dol, et en outre que, depuis l'*impetratio actionis*, l'instance y relative devrait être terminée dans un semblable délai [6]: il avait également voulu que la procédure en restitution pour cause de minorité ne pût dépasser la durée fixée pour se pourvoir en restitution [7]. Enfin il avait

[2] L. 7, 9, C. quomodo et quando (7, 43), et Paul, V, 5 a, § 7. Voy. aussi L. 23, § 3, D. de appel. (49, 1).

[3] Hermog. L. 8, D. de min. L. 53, D. de re jud. (42, 1). Constantin, L. 2, C. ubi in rem actio (3, 19). L. un. C. Th. de petit. (10, 13). L. 6, § 4, C. de his qui ad eccl. (1, 12), conf. avec § 136, *supra*.

[4] Chr. Treitlinger, sistens Justinianum terminum litibus ponentem, et de pœna judicum et advocatorum terminum litium a Justiniano positum negligentium. Argent. 1760, 4. Linde, Zeits. f. civilr. und Proz. t. 2, cah. 1, n° V, cah. 2, n° VI.

[5] Linde, l. c. p. 157 et suiv.

[6] L. 1, C. Th. de dolo (2, 15): — neque — post biennium finiendæ doli actionis concessam licentiam. L. 8, C. de dolo (2, 21). Conf. *supra*, § 107.

[7] L. 2, pr. § 1, 3, C. Th. de int. rest. (2, 16). L. 5, pr. L. 7, pr. C.

assigné une année pour toute instance où le fisc figurait, soit comme demandeur, soit comme défendeur [8].

Mais ensuite les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, se référant à l'ancien droit, décidèrent que toute instance du fisc serait terminée, devant tout autre juge que le *comes* S. L. et R. P., dans le délai de deux mois, lorsque la partie adverse demeurait dans la même province; de quatre mois, si elle demeurait dans une province voisine, et de six mois, si elle était domiciliée dans une *provincia transmarina* [9]. Plus tard, pour les *causæ naufragiorum*, le délai fut fixé d'abord à un an, puis à deux ans [10]. Enfin, il fut décidé d'une manière générale que toutes les actions pendantes seraient éteintes après trente ans, d'après le principe de la prescription ordinaire des droits [11] : on n'abrogea pas toutefois ce qui concernait les cas spéciaux dont nous venons de parler, puisque Justinien s'y réfère encore, et décide [12] que, de même qu'il a fixé à deux ans, au lieu d'un an [13], la durée des causes criminelles [14], de même les *causæ pecuniariæ*, à l'exception des causes fiscales, doivent

de temp. in int. rest. (2, 53). Conf. § 107, *supra*. Unterholzner, Verjærungslehre, t. 2, p. 9, note 531.

[8] L. 4, C. Th. de jure fisci (10, 1).

[9] L. 13, C. Th. de jure fisci, de l'an 385, avec L. 41 f. C. Th. de app. (11, 30), de l'an 383. La L. ult. C. de jure fisci (10, 1), restituée d'après les Basiliques, accorde au moins six mois, à partir de la *litiscontestatio*.

[10] L. 1, C. Th. de naufrag. (13, 9). L. 2, C. eod. (11, 5). — L. 6, C. Th. L. 5, C. eod.

[11] L. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14) : — Quæ ante non motæ sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. — *In eamdem rationem* illis procul dubio recasuris, quæ post litem contestatam, etc.; triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.

[12] L. 13, C. de jud. (3, 1).

[13] L. 7, D. de mun. et hon. (50, 4). L. 1, 2, C. Th. ut intra annum (9, 36). L. 2, C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9, 19). — Cujas, Obs. 1, 8. Dans la L. 15, § 5, ad Sct. Turp. (48, 16), *vel biennio* est interpolé.

[14] L. ult. C. ut intra cert. temp. crim. quæst. (9, 44).

être terminées en trois ans : « NON ULTRA TRIENNII METAS *post litem contestatam esse protrahendas.* »

Quant à la courte prescription de l'action de dol [14] et pour le cas de naufrage, et à celle de quatre ans pour la restitution en entier, elles ont été purement et simplement admises par Justinien [15]. Les autres prescriptions exceptionnelles ont été supprimées. La constitution que publia Justinien à ce sujet fut adressée aux *judices* [17], à qui il donna le pouvoir, lorsque le demandeur ne se présentait pas, de le faire quérir par des huissiers ; et, si ceux-ci ne le trouvaient pas, après trois citations de dix en dix jours, de statuer par contumace ; mais le juge ne devait pas nécessairement condamner le demandeur défaillant [18]. Cette triple citation donnée au demandeur est une innovation. (V. § 136, note 5 *supra.*) Quant au défendeur, Justinien maintint expressément les anciens principes [19], ainsi que l'inadmissibilité de l'appel contre un jugement rendu régulièrement par contumace dans les deux cas [20].

Si celui qui faisait défaut n'était averti de se présenter ni par le juge, ni par la partie adverse, il y avait *mors litis* [21], c'est-à-dire péremption de l'instance ; mais l'action pouvait être intentée de nouveau, puisque, d'une part, il n'y avait plus d'extinction du droit par la *litiscontestatio* ; et, d'autre part, les actions, une fois intentées, avaient encore, d'après Justinien, une durée de quarante ans (v. § 146, *supra*) ; mais, après cette

[14] L'opinion communément admise veut que Justinien ait omis ce qui concerne l'action de dol ; mais voyez ce passage de la L. 8 f. C. de dolo : « Omnes sciant, neque incipiendæ post biennium, *neque ante completum biennium cœptæ*, *post biennium vero finiendæ doli actionis esse concessam licentiam.* » Il n'est plus question de faire courir le délai à partir de l'*impetratio.*

[15] L. 7, pr. C. de temp. in int. rest.

[17] L. 13, pr. § 1, C. de jud. (3, 1).

[18] L. 13, cit. § 2.

[19] L. 13, cit. § 3.

[20] L. 13, cit. § 4.

[21] L. 13, cit. § 5, conf. avec. § 2, d'où il résulte que le juge n'est pas obligé de faire quérir la partie défaillante d'office.

dernière durée, il y avait extinction complète et de la procédure et de l'action.

Si le juge ne jugeait pas par sa faute, il était puni et on lui en substituait un autre. Sa mort, ou tout autre empêchement de force majeure, ne donnait pas lieu à une prorogation de délai, à moins qu'il n'y eût plus une année pour son successeur; car celui-ci devait avoir au moins une année entière pour juger [22]. Si c'étaient les avocats qui avaient causé les lenteurs, ils étaient punis par le juge, qui devait en outre exprimer dans sa sentence qu'ils étaient cause du retard [23].

Les mineurs qui avaient à se plaindre de la prescription avaient un recours contre leurs représentants, et, seulement à défaut de ce recours, ils pouvaient invoquer la restitution en entier [24].

Plus tard, Justinien décida encore que si le demandeur, après avoir présenté la demande, faisait défaut, il serait cité trois fois, et que si, depuis la troisième citation, il restait une année sans se présenter, le juge devait, à la requête du défendeur, prononcer sa sentence; si le demandeur se présentait pour empêcher cette péremption d'un an, puis ensuite négligeait encore sa demande, il devait, à l'expiration de l'année ci-dessus, être déchu de son droit [25].

§ CLII. — *Des jours fériés* [1].

L'époque du jour où se rendait la justice était avant midi [2]. Quant aux jours auxquels il n'était pas permis de vaquer aux

[22] L. 13, cit. § 8.

[23] L. 13, cit. § 9.

[24] L. 13, cit. § 10, 11.

[25] Nov. 112, c. 3.

[1] Voy. *supra*, § 129, note 1. Tit. de feriis, C. Th. 2, 8. C. 2, 11. — J. Goth. ad tit. C. Th. cit. t. I, p. 135-145. Jo. Chr. Amadutii edit. Legum Novell. anecd. Theod. jun. et Valent. III, p. 182-185.

[2] L. 6 (7), C. Th. de off. rect. prov. (1, 7). L. 1, C. Th. de off. jud. civ. (1, 8). — Nec meridianis horis a litigatoribus judices videantur. Conf. J. Goth. ad L. 6, cit. t. I, p. 55.

affaires, par opposition aux jours appelés *juridici* [3], ils étaient autres qu'auparavant [4] sous les empereurs chrétiens. Constantin avait déjà défendu de s'occuper le dimanche d'affaires juridiques, excepté de l'affranchissement et de l'émancipation [5] : c'est ce que confirma plus tard encore Valentinien II [6]. Constantin avait aussi défendu aux magistrats de créer des jours fériés de leur propre autorité [7]. Valentinien, Théodose et Arcadius publièrent une constitution [8] où ils déclarèrent *juridici* tous les jours qui n'avaient pas été exceptés d'une manière formelle, et restreignirent le nombre des jours fériés, qu'ils déterminèrent ainsi (*illos tantum* MANERE *feriarum dies fas erit*) : un mois pendant les moissons et un mois pendant les vendanges; les jours d'usage au nouvel an [9]; les jours de la fondation de Rome et de Constantinople [10]; les jours de Pâques, avec la semaine d'avant et la semaine d'après [11]; les dimanches et les anniversaires de la naissance de l'empereur et de son avénement au trône. Ces empereurs permirent cependant l'émancipation et l'affranchissement pendant les vacances de Pâques [12]. Les juifs ne pouvaient être actionnés le jour du sabbat ni à leurs autres jours de fêtes, pas même par le fisc. C'est du moins ce que décrétèrent les empereurs Honorius et

[3] L. 2, C. Th. cit.

[4] Dans une constitution que nous a fait connaître le manuscrit de Turin, Arcadius et Honorius déclarent : « Solennes paganorum superstitionis dies inter feriatos non haberi, olim reminiscimur imperasse. » L. 22, C. Th. h. t. (p. 107), dans Wenck.

[5] L. 3, C. h. t. — L. 1, C. Th. h. t. conf. Sozom. I, 8.

[6] L. 3, C. Th. de execut. (8, 8), ou L. 13, C. Th. de exact. (11, 7), et dans le manuscrit de Turin, Tit. de feriis, dans Wenck : L. 18 (p. 104 sq.)

[7] L. 4, C. h. t.

[8] L. 2, C. Th. L. 7, C. h. t.

[9] Conf. L. 5, D. de feriis (2, 12).

[10] Conf. Sozom. V, 16.

[11] Conf. J. Goth. ad L. 2, cit. t. 1, p. 142 sq. et la nouvelle L. 21, C. Th. d'après Wenck. — L'interprétation ajoute le jour de l'Épiphanie; mais dans Justinien il n'est question ni de ce jour, ni des autres jours de fêtes.

[12] L. 8, C. h. t.

Théodose II [13], et ce qu'avait décrété Auguste avant eux [14]. Léon et Anthemius confirmèrent la défense de s'occuper d'affaires judiciaires le dimanche [15]. Toutes ces dispositions ont passé dans la compilation de Justinien.

§ CLIII. — *Sententia*. — *Res judicata*.

La première question qui se présente est celle de savoir si, d'après le droit romain moderne, la sentence devait porter condamnation à une somme d'argent [1]. Pour les *extraordinariæ actiones*, il n'était pas nécessaire qu'il en fût ainsi, et par conséquent, après la suppression du système formulaire, on put fort bien, dans tous les cas, s'écarter de l'ancien principe à ce sujet; ce ne fut toutefois que sous Justinien qu'il fut dit expressément que la condamnation pouvait ne pas consister en une somme d'argent.

Déjà du temps des formules, dans les actions arbitraires, la sentence était précédée d'un ordre tendant à la prestation de la chose due. C'est ce qui fut encore observé dans le droit de Justinien; seulement ici l'ordre était donné par le magistrat, lequel pouvait, sur l'insistance du demandeur, faire exécuter cet ordre *manu militari* [2]. Si l'exécution immédiate n'était pas possible, ou si le demandeur n'insistait pas pour l'exécution, le défendeur qui refusait d'obéir à l'ordre à lui intimé était seulement alors condamné à une somme d'argent. Sous Justinien, la condamnation en une chose due pouvait avoir lieu dans d'autres cas encore [3]. En outre, comme tous les *judicia* étaient

[13] L. 3, C. Th. h. t. L. 8, C. Th. de exec. (8, 8). L. 13, C. de jud. (1, 9). — L. 20, C. Th. de jud. (16, 8).

[14] Joseph Jud. Antiq. XVI, 10.

[15] L. ult. C. h. t.

[1] Ribbentrop. ad L. 16, § 5, de pign. etc., p. 31 sqq. not.

[2] § 2, J. de off. jud. L. 68, de rei vind. (6, 1). L. 7, C. de ex. rei jud. (7, 53). § 31, J. de act.

[3] § 32, J. de act. Curare autem debet judex, ut omnimodo quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ *vel rei* sententiam ferat : etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est. L. ult. C. de fid. lib. (7, 4), — miramur, quare judex — non omnimodo condemnationem *in servum*,

absolutoria[4], lorsque le défendeur voulait éviter la condamnation en accomplissant son obligation, il n'était pas toujours astreint à donner de l'argent, il l'accomplissait *in natura;* et, dans tous les cas, le demandeur était obligé d'accepter de l'argent au lieu de la chose due, lorsqu'il n'y avait pas possibilité de faire immédiatement la prestation qui était l'objet de l'obligation.

Nous ne trouvons nulle part que la condamnation qui n'était pas pécuniaire entraînât l'action *judicati*. Quant aux effets matériels de la chose jugée, ils sont restés les mêmes; mais ces effets n'étaient plus produits qu'au moyen d'une exception. (Conf., § 146, *supra.*)

En ce qui concerne le prononcé du jugement, l'usage de l'écrire d'abord était devenu de plus en plus général[5], et toujours il fallut qu'il fût rendu à haute voix. Valérien et Gallien décident expressément, par un rescrit, qu'une sentence est nulle si elle est remise aux parties par écrit sans avoir été lue[6]. Enfin, le *recitare ex periculo*[7] est devenu indispensable; Valentinien, Valens et Gratien veulent que la sentence ne puisse être prononcée que sur une rédaction (*ex libello data sententia*). Le juge ne pouvait confier à un autre le soin de lire la sentence, excepté lorsqu'il était *judex illustris*, par exemple, préfet du prétoire[8]. Dans la suite, d'autres empereurs renouvelèrent la défense, sous peine de nullité, de prononcer une sentence non écrite[9] : cela ne s'appliquait cependant qu'à une sentence

sed in æstimationem ejus fecerit. L. 14, C. de sent. et interl. (7, 45) — condemnare — *et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare.*

[4] § 2, J. de perp. et temp. act.

[5] Voy. § 137, *supra*. Tit. de sentent. ex periculo recitandis, C. Th. 4. 17, C. 7, 44.

[6] L. 1, C. h. t. (7, 44).

[7] *Periculum* est employé dans le même sens que *libellus*, *tabella*, L. 2, C. Th. h. t. de l'an 382. Ce mot signifie un *projet* de sentence, c'est-à-dire un brouillon, mais bien complet et bien arrêté. Voy. J. Goth. ad L. 2, C. Th. cit. t. 1, p. 435 sq.

[8] L. 2, C. h. t.

[9] L. 1, C. Th. h. t. ou L. 3, C. eod. — L. 4, C. Th. eod.

définitive [10]. Une fois la sentence régulièrement rendue, elle ne pouvait plus être modifiée [11]. Justinien a dispensé, dans deux cas, de l'obligation de rédiger la sentence par écrit, savoir : lorsque l'objet du litige était de trop peu d'importance [12], et pour la juridiction épiscopale [13].

Au reste, Constantin déjà avait disposé que le juge ne devait prononcer la sentence définitive qu'après avoir demandé aux parties, après la clôture des débats, si elles n'avaient rien à ajouter à leurs moyens [14]. Justinien, dans une novelle, a pris des mesures pour que l'une des parties, dans ce dernier cas, ne retardât pas trop longtemps la sentence [15].

CHAPITRE II. — DES REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

§ CLIV. — *Introduction.*

La capacité de figurer en justice comme demandeur ou comme défendeur, d'être *reus*, est exprimée, dans le langage de la doctrine, par ces mots : « *legitima persona standi in judicio* [1]. » L'esclave était incapable de plaider, même par représentant ; le *judicium* avec lui eût été nul [2]. Il ne pouvait qu'exceptionnellement poursuivre son maître ; il en a été question au § 88 *supra* [3]. Il en était de même probablement, dans l'origine, pour toute personne placée sous la puissance d'autrui. Bientôt cependant il fut permis d'actionner un fils de famille ; mais il ne lui était pas permis d'actionner : seulement, peu à peu, on lui accorda l'action *in factum*, et enfin l'action civile avec une formule *in factum* (action utile [4]).

[10] L. 40, C. Th. de app. (11, 30).

[11] Sur les formalités voyez Lydus, de mag. III, 11. — L. 5, C. Th. h. t.

[12] Nov. 17, c. 3.

[13] Nov. 83, pr.

[14] L. 1, C. Th. de judic. (2, 18). L. 9, C. de judic. (3, 1).

[15] Nov. 115, c. 2.

[1] C. qui legitimam personam standi in judicio habeant, vel non (3, 6).

[2] L. 107, de reg. jur. — L. 41, § 1, D. de jud. (5, 1). L. 6, 7, C. h. t. L. 6, C. de jud. (3, 1).

[3] L. 53, D. de jud.

[4] Voy. *supra*, § 54.

Les femmes et les pupilles ne pouvaient introduire une action de la loi ou un *legitimum judicium* qu'avec l'autorisation de leur tuteur; aussi un simple curateur ne leur suffisait pas pour plaider contre leur tuteur [5]. Lorsque la tutelle des femmes fut supprimée, elles purent plaider sans une autorisation quelconque. Quant aux pupilles, ils durent toujours plaider par un tuteur, quand le *judicium* était *legitimum* [6]; dans tout autre *judicium* ils purent plaider par un curateur, et il en fut ainsi dans tous les cas, quand il n'y eut plus de différence entre les *legitima judicia* et les *imperio continentia* [7]. Les adultes, depuis que la *cura minorum* avait pris un développement scientifique, et en vertu de rescrits impériaux, purent figurer en justice avec le seul consentement d'un curateur, sans *venia ætatis* [8]. Quant aux autres personnes pourvues d'un tuteur, on appliquait les principes relatifs aux pupilles. Les pérégrins purent plaider de tout temps; seulement les actions civiles ne leur étaient données et n'étaient données contre eux que comme actions feintes [9]. Enfin, en vertu d'un rescrit d'Adrien, les magistrats supérieurs ne pouvaient plaider ni en qualité de demandeurs, ni en qualité de défendeurs, soit pour eux, soit pour leurs pupilles, tant que durait leur *imperium* [10].

I. *Représentation* [1].

§ CLV. — *Dans les actions de la loi.*

Sous le système des actions de la loi, on ne pouvait en

[5] Gaius, 1, 184. — Ulp. xi, 24, 27.

[6] L. 1, 2, C. h. t.

[7] § 3, J. de auct. tut. (1, 21). L. 17, § 1, D. de app. (49, 1).

[8] L. 4, C. si adv. rem jud. (2, 27). L. 2, C. h. t. L. 1, C. qui petant (5, 31). L. 10, C. de app. (7, 62). § 2, J. de curat. (1, 23).

[9] Arg. Gaius, iv, 37.

[10] L. 48, de jud. (5, 1). L. 32, de inj. (47, 10).

[1] Gaius, iv, 82-87, 97-101. Vat. fr. tit. de cognitor. et procurat. § 317-341. Paul, de cognitor. i, 2, de procur. i, 3. C. Th. de cognit. et procur. (2, 12). Consult. c. 3, D. de procur. (3, 3). C. de procur. (2, 13). J. de iis, per quos agere possumus (4, 10). — Noodt, ad tit. D. de procur. — Dupont ad Gaium, p. 112-120. Hollweg, Vers. nº iii, p. 138 et suiv.

général se faire représenter [2], et cela tenait spécialement à la rigueur des principes de la *vocatio in jus* (§ 108 *supra*). Ce principe fut ainsi exprimé : « *Nemo alieno nomine* LEGE AGERE *potest* ; » et il s'appliquait même aux actes de juridiction volontaire qui empruntaient la forme des actions de la loi [3]. Il y avait toutefois quatre exceptions à ce principe : on pouvait procéder en justice pour le peuple (*pro populo*), pour la liberté (*libertatis causa*) [4], pour une tutelle, et, dans le cas de vol, pour ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi, ou absents dans l'intérêt de la république, ou pour ceux qui se trouvaient sous la tutelle de ces personnes, et cela en vertu de la loi *Hostilia* [5]. Nous avons peu de détails sur ce dernier cas [6]. Une cinquième exception permettait d'intenter pour un pérégrin l'action *repetundarum*, lorsqu'on agissait par une action de la loi [7]. Dans tous les cas, les pérégrins pouvaient actionner eux-mêmes *per formulam* [8], et les Latins pouvaient *lege agere* [9]. Le droit de représentation appartenait aussi de préférence aux parents dans les deux premières exceptions [10].

On agissait *pro populo* quand on intentait une action publique ou populaire [11] ; l'*assertor libertatis* agissait pour autrui *pro*

[2] Gaius, IV, 82 : — « cum olim, quamdiu *solæ* (voy. Klenze, ad leg. Servil. p. XII, note 55, Heffter ad Gaium, Hollweg, p. 142, note 3) legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, etc. » Pr. J. h. t. (4, 10), on lit, d'une manière générale : « cum olim in usu fuisset, alterius nomine *agere non posse*, nisi, etc. »

[3] La L. 123, de reg. juris, d'Ulpien, ne se réfère pas à des actes de juridiction contentieuse : conf. Mühlenbruch, Cession, p. 35, note 56.

[4] C'est ainsi qu'il faut lire dans Gaius, l. c., où on ne trouve aucune autre exception. Pr. J. cit. on lit : « pro populo, pro libertate, pro tutela, præterea lege Hostilia, etc. »

[5] Pr. J. cit.

[6] Conf. H. G. Schmieder (præs. H. Breuning), de lege Hostilia, Lips. 1778, 4.

[7] Cic. Div. in Cæcil. c. 4, c. 16 f. o. 20. Conf. lex Servil. c. 4, 5. Klenze, ibid. p. XII sq. et c. 18, note 8, c. 19, note 1.

[8] Gaius, IV, 37.

[9] Cic. pro Cæcin. c. 35.

[10] Klénze, Zeits. f. gs. Rw. t. 6, p. 40.

[11] L. 5, § 5, D. de his qui effud. (9, 3). — Dummodo sciamus, ex plu-

libertate dans le *liberale judicium* [12]. Pour cette représentation étaient admises les *necessariæ personæ* [13], même contre le gré de celui qui se trouvait *in servitute;* or l'on comprenait sous la dénomination de personnes nécessaires les proches parents, ceux mêmes qui étaient femmes ou soldats, l'épouse; ensuite venaient les *extranei* [14]: mais, avant tous autres, le droit de représentation appartenait au père de famille, qui avait le droit incontestable de posséder son fils pendant le litige relatif à son état d'homme libre [15]. Dans la classe des personnes qui peuvent plaider pour autrui nous devons placer aussi le *vindex*, qui vient assurer à celui contre lequel la *manus injectio* a été exercée, une liberté de fait d'abord, et de droit ensuite (voy. § 128 *supra*): s'il n'en était pas ainsi, il faudrait supposer une sixième exception [16]. *Pro tutela* semble signifier la représentation du tuteur régulier par un *prætorius tutor;* car le tuteur du pupille n'était pas son représentant, mais son *auctor* [17].

ribus desiderentibus hanc actionem, et potissimum dari debere, cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. Sur *accusatio*, voy. Klenze, l. c. p. 42-46.

[12] Voy. *supra*, § 66 et page 107.

[13] Liv. III, 46; ita vindicatur Virginia, *spondentibus propinquis.*

[14] L. 1, § 1, 2, L. 3, § 1, 2, L. 6, D. de lib. caus. (40, 12).

[15] Liv. III, 44, 45.

[16] La circonstance que le *vindex* devient aussitôt *expromissor*, comme s'exprime Hollweg, l. c., n'empêche pas que ce ne soit une exception; car c'est ce qui a lieu pour tout représentant: voy. *supra*, § 46, note 8, et § 108, note 20.

[17] Voy. Gaius, I, 184. — Cette explication, qui répond le mieux à l'expression *pro tutela*, se rapproche le plus de celle de Théophile. A ce sujet Théophile a été blâmé tant par les anciens que par les modernes. Les premiers (Janus a Costa, Otto, Vinnius) prétendent que ceux qui représentaient *pro tutela* représentaient le pupille, en renvoyant, dans leur explication, à Aulu-Gelle, V, 13. Parmi les modernes, Klenze, p. 48, pense avec Rudorff qu'il s'agit ici de la *quasi publica accusatio suspecti tutoris;* mais alors ce cas se confondrait avec le premier: voyez Hasselt, de legis act. p. 108.

§ CLVI. — *Des représentants sous le système formulaire*[1].

Le système mobile des formules, qui se substitua à la raideur des actions de la loi, se prêtait bien plus à la représentation[2]; la procédure devant le préteur, affranchie de l'ancienne rigueur, n'y faisait aucun obstacle. D'un autre côté, comme toute formule tendait à une condamnation pécuniaire, le représentant pouvait paraître à l'instar de l'ancien *vindex*, comme ayant-droit ou comme obligé, à la place du véritable ayant-droit ou du véritable obligé. De cette manière la représentation devint possible et illimitée; l'ancien principe était, au fond, abandonné; dans la forme il s'était maintenu[3]. En effet, au moyen de la *litiscontestatio* d'abord, et de la sentence ensuite, l'obligation ne concernait plus l'ancien *dominus;* le représentant devenait *litis dominus*, sauf à lui à rendre compte au représenté de ce qu'il avait fait pour lui. Il était bien facile de transférer au représentant le *dominium litis :* on faisait figurer le nom de l'ayant-droit dans l'*intentio*, et on rédigeait la *condemnatio* de manière qu'elle fût au profit du représentant. Ainsi, si Titius intentait une action pour Mævius, la formule était ainsi conçue : « *Si paret Numerium Negidium Mævio dare oportere*, ou *rem Mævii esse*, *judex Numerium Negidium* Lucio Titio *condemna*. » Si Titius représentait Mævius comme défendeur, la formule était ainsi conçue : « *Si paret Mævium Aulo Agerio dare oportere*, ou bien *rem Auli Agerii esse*[4], *judex* Lucium Titium *condemna*[5]. » Naturellement les exceptions de l'obligé devaient

[1] Heffter, Obs. XIX.

[2] Pr. J. h. t. (4, 10) : « et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat : cœperunt homines per procuratores litigare, » conf. avec Gaius, IV, 82.

[3] Mühlenbruch, Cession, p. 40. Hollweg, p. 145 et suiv. p. 157.

[4] « Cum in rem agitur, nihil intentione facit ejus persona, cum qua agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis judicio interveniat : tantum enim intenditur, rem actoris esse. » Gaius, IV, 87.

[5] Gaius, IV, 86, 87, 55 f. 35. Theoph. IV, 10, § 2. L. 9, C. h. t. (2, 13).

appartenir à son représentant, ou compéter à l'obligé contre le représentant de l'ayant-droit, comme si les parties elles-mêmes eussent été en cause [6]. Quant aux rapports qui résultaient de là entre le représentant et le représenté, ils reposaient sur les principes du mandat ou de la gestion d'affaires. De la même manière les tuteurs et curateurs pouvaient agir comme représentants de leur pupille : mais il ne faut pas confondre ce rôle avec celui qu'ils jouaient en venant compléter la personne de leur pupille dans une instance.

L'exposé de ce qui concerne la constitution des tuteurs et curateurs appartient à une autre partie du droit romain ; nous ne parlerons donc ici que des autres représentants [7], des *cognitores*, des *procuratores* et des *defensores*.

§ CLVII. — *Des cognitores et des procuratores* [1].

Les plus anciens [2] représentants, sous le système formulaire, sont les *cognitores*, ainsi appelés parce qu'ils prenaient connaissance de l'affaire d'autrui [3]. Ce qui prouve que ce sont les plus anciens représentants qui aient existé, c'est la rigueur des règles concernant leur constitution, pour laquelle il fallait que le *dominus litis* vînt se présenter devant le préteur ; c'est, en outre, qu'il était encore de principe du temps de Cicéron que : «*Alteri nemo potest litem contestari nisi qui cognitor est factus* [4].»

[6] Conf. L. 51, § 1, D. h. t. (3, 3).

[7] Gaius, IV, 82 (agere alieno nomine) : veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio. — L. 6, § 3, D. de conf. (42, 2).

[1] J. Gothof. ad L. 7, C. Th. h. t. t. 1, p. 173. Les notes de Schulting, ad Paul. I, 2, p. 221. Jo. D. Ritter, de cognitoribus, Lips. 1735, et præf. t. 1, C. Th. p. 11-14. C. G. de Winkler, opusc. min. Vol. I, p. 437-440. Hollweg, p. 165 et suiv. Al. Aug. de Buchholtz Vatic. frag. exc. III.

[2] Hollweg, p. 167 et suiv. Buchh. p. 336.

[3] Gaius, IV, 83 : si cognoverit — (Ascon.) ad Cicer. in Cæc. c. 4 : si — novit. Glossar. Isidori : « Cognitor a cognoscenda causa dictus. » Gronov. de pecunia veteri, IV, 3. C'est dans ce sens, et non dans le sens d'un *cognitor* proprement dit, qu'il faut entendre Asconius ad Cic. Verr. I, 5, et Donat. ad Terent. Eunuch. IV, 7, v. 35, le *cognitor* ici est celui qui connait la personne. Conf. Ritter, l. c., et Buchh. p. 343 sq.

[4] Cic. pro Rosc. C. c. 18, conf. avec c. 11.

Il paraît donc que ce ne fut que plus tard que les autres représentants, tuteurs, curateurs et procurateurs, furent admis [5] : quant aux procurateurs, cela est évident ; car ils figurent toujours après les *cognitores*, et l'édit prétorien concerné principalement ces derniers ; ce n'est que par extension qu'il s'occupe des procurateurs [6].

Ces mots : « *Ut major annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det,* » lesquels sont empruntés à une ancienne loi, indiquent que d'abord le *cognitor* ne fut constitué que dans certains cas urgents [7] : du temps de Cicéron ces cas étaient devenus nombreux, ou peut-être le *cognitor* était permis toujours [8]. La nomination du *cognitor* se faisait encore, à cette époque, d'une manière solennelle. Le *dominus litis* se présentait [9] avec son adversaire devant le préteur, par conséquent *in jure* [10] ; de sorte que le magistrat et l'adversaire étaient en même temps instruits de cette constitution *certis verbis* [11] ; il était nommé sans condition [12], et les parties s'adressant la

[5] Dans Cicer. pro Cæcin. c. 20, les procurateurs ne sont que ce qu'ils ont été dans l'origine, savoir, des personnes administrant les biens des absents ; mais ils ne représentaient pas encore dans les procès. Conf. Ed. Huschke, exc. ad Cic. pro Tull. c. 17, Anal. p. 283 sqq.

[6] Vat. fr. § 322 sq. 341. Schrader, krit. Zeits. t. 1, cah. 1, p. 177. Holiweg, p. 168, note 52.

[7] Ad Her. II, 13 ; conf. § 1 f. J. h. t.

[8] Cic. pro Rosc. C. c. 11, 18, Varr. I, 6, II, 43, III, 60 ; pro Cæc. c. 5, Catil. IV, 5 : seulement *cognitor* n'est pas toujours pris dans notre sens. Voy. aussi Quinct. I, O. III, 6, et Decl. 361.

[9] Conf. Gaius, IV, 83. — Fest. v. *Cognitor.* Isidor. (v. Buchh. p. 337, note 14), et Asconius, l. c.

[10] Gaius ne dit pas cela expressément ; mais il ne peut y avoir de doute à ce sujet, surtout si l'on se réfère à ces mots « *præsente judice* » de l'*Interpretatio* ad L. 7, C. Th. h. t. Conf. Buchholtz, p. 338, note 17.

[11] Gaius, IV, 83, 97 : — cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, etc. Voy. déjà J. Goth. ad L. 7, C. Th. cit. et Ritter, l. c. C'est ce que semblent aussi indiquer Paul, I, 3, § 1, qui dit que le *procurator* était constitué *nudis verbis*, et ce passage des J. § 1, h. t. : « Procurator *neque certis verbis* neque præsente adversario — constituitur. » Voy. aussi Théoph. ibid. Buchh. p. 339.

[12] Vat. fr. § 329.

parole. Au reste, il est vraisemblable que les paroles ici n'étaient pas aussi sacramentelles que dans les actions de la loi[13], puisqu'il fut permis de bonne heure d'employer la langue grecque[14]. Le *cognitor* pouvait être absent[15], et alors il n'y avait encore qu'un mandat imparfait[16]; son acceptation était nécessaire pour lui imprimer le caractère de *cognitor*[17]. Depuis cette apparition devant le préteur, le *dominus litis* n'avait plus besoin de figurer dans le cours de l'instance[18].

Mais cette manière de constituer un représentant n'était pas moins fort incommode, et elle n'était pas même possible pour quiconque voulait intenter un procès, ou était attaqué pendant son absence. On songea, en conséquence, à se faire représenter en justice d'une autre manière; et, comme il y avait des *procuratores* pour l'administration, on en constitua *in litem*[19]: or, pour cette constitution il suffisait d'un mandat ordinaire; il n'était plus besoin ni de paroles solennelles, ni de la présence des parties devant le magistrat[20]. On constitua donc des *pro-*

[13] Vat. fr. § 318.

[14] Vat. fr. § 319.

[15] Peut-être n'en était-il pas ainsi dans l'origine. — Gaius, IV, 83 f. conf. L. 1; § 3, L. 2, D. h. t. (3, 3), qui autrefois comprenaient le mot *cognitor*. Festus, à la vérité, dit : « Cognitor est, qui litem alterius suscipit *coram eo cui datus est*; » et Isidor. dit aussi : « Cognitor non nisi *præsens* a præsente præsenti datur. » Mais ces passages se réfèrent à ce qui avait lieu à l'époque la plus reculée.

[16] L'interprète de la L. 7, C. Th. cit. dit : « cognitor est, *cui sine mandato*, etc. » Mais cela veut dire seulement que le *cognitor* n'avait pas besoin d'un mandat écrit comme le mandataire d'un absent. Voy. Buchh. p. 344, note 64.

[17] Gaius, IV, 83 f.

[18] Cic. pro Rosc. C. c. 11. Horat. Sat. II, V, v. 37 sq. — Heineccius, Antiq. IV, 10, § 3. Auct. ad Her. II, 13. On croyait autrefois le contraire, par exemple, Winckler, l. c. à cause d'Asconius, l. c.; et Unterholzner sur Horace, l. c., va trop loin. La procédure mentionnée dans Cic. Verr. II, 43 sq. est une procédure irrégulière. Conf. Buchholtz, p. 340-342.

[19] Fest. v. *Cognitor* : « procurator autem absentis nomine auctor fit. » Asc. l. c. Hollweg, p. 168, note 53.

[20] Gaius, IV, 84. § 4, J. h. t. Paul, I, 3, § 1. L. 1, § 1, 3, L. 2, L. 8, § 1, 3. L. 15, pr. D. L. 17, C. h. t.

curatores, soit *ad agendum*, soit *ad defendendum* [21]; et, du temps de Gaius au moins, ils pouvaient être constitués aussi généralement que les *cognitores*. Sans aucun doute, celui qui se faisait représenter ainsi ne le pouvait que pour un droit qui lui était propre; aussi ne le pouvait-il point pour une action populaire, excepté lorsque cette action avait pour lui un intérêt particulier et *causa cognita* [22].

Tous ceux dont les fonctions étaient d'en représenter d'autres dans les affaires ordinaires, tels que les tuteurs, les curateurs et les *actores municipum* [23], purent dès lors, sans aucune difficulté, figurer en justice en qualité de représentants. Et même on permit la représentation à ceux qui n'avaient aucune mission pour s'ingérer dans les affaires d'autrui, à de simples *negotiorum gestores*, mais d'abord et surtout lorsqu'il s'agissait de jouer pour autrui le rôle de défendeur, de là les *defensores*. Ce ne fut qu'exceptionnellement qu'on leur permit de jouer le rôle de demandeur. (V. *infra*, § 160).

§ CLVIII. — *Du dominium litis* [1].

D'après les explications données ci-dessus au § 156, et par suite de la *litiscontestatio*, le droit du représenté devenait celui du représentant; le procès se suivait au nom de ce dernier et non en celui du *dominus* [2]. Ainsi, quiconque agissait au nom d'autrui [3] était *dominus litis* [4], du moins quant à la forme; et,

[21] L. 8, D. h. t.

[22] L. 42, pr. L. 45, § 1, D. h. t. L. 5, D. de pop. act. (47, 23).

[23] Vat. fr. § 335.

[1] Mühlenbruch, Cession, § 6, 7. Hollweg, p. 153-164.

[2] L. 11, pr. de doli exc. (44, 4): Procurator agit, de dolo ejus excipi non debet, quia aliena lis est, isque rei extraneus, etc. *Si post litem contestatam* dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in judicium admittenda sit, dubitari potest? *Quia litiscontestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exsequitur.* Et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine agit, dicendum est. Conf. L. 4, § 18, eod.

[3] Gaius, IV, 86, v. L. 11, pr. cit. fin. Le *cognitor* lui-même n'est pas encore *dominus litis* avant la *litiscontestatio*, voy. *infra*, § 159, note 2.

[4] L. 4, § ult. D. de app. (49, 1): — procurator lite contestata dominus

sous ce rapport, on se trouvait d'accord avec l'ancien principe qui voulait qu'on ne pût plaider pour autrui. Il est vrai que la *litiscontestatio*, pas plus qu'un acte obligatoire ordinaire, ne devait ni nuire ni profiter au *dominus*, puisqu'ici c'était un tiers; mais, conformément à la nature de la novation, elle pouvait substituer une personne à une autre dans un droit ou dans une obligation.

Il nous reste maintenant à examiner les effets de cette *litiscontestatio:* A. à l'égard du représentant; B. à l'égard du représenté.

A. A l'égard du représentant.

Le *dominium litis*, pour le représentant, résultait de ce que la *condemnatio* était en son nom. La principale conséquence qui devait découler de là était que la sentence le concernait personnellement : si la sentence avait été prononcée au nom du représenté, elle eût été nulle [5]. Ainsi l'action *judicati* ne pouvait appartenir qu'au représentant ou contre lui. Il faut conclure de ce principe [6] que toutes exceptions *cognitoriæ* ou *procuratoriæ* disparaissaient à partir de la *litiscontestatio* [7]; qu'une révocation de mandat ne pouvait avoir pour effet de substituer une autre personne, ou même le *dominus*, au représentant, pour cela il eût fallu une *translatio judicis* [8]; en outre que, s'il y avait plusieurs personnes chargées de la même affaire, celle-là seule pouvait la suivre en justice qui avait figuré dans la *litiscontes-*

litis efficitur. — L. 22, 23, C. h. t. (2, 13). Voy. J. H. Bœhmer, *de dominio litis*, Hal. 1709 et 1738, 4. Voy. *contra*, Hollweg, p. 155 et suiv.; Mühlenbruch, p. 43, note 73 et p. 37, note 101. L'expression *dominium litis* ne se rencontre pas; car dans la L. 7, C. Th. de cognit., il faut lire *domino*, et non pas *dominio*.

[5] L. 1, C. de sent. (7, 45), conf. avec Vat. fr. § 332, L. 61, D. h. t. (3, 3).

[6] Les cautions concernent aussi le représentant. Voy. les §§ suivants et L. 39, § 51, D. h. t.

[7] Gaius, III, 124, conf. avec 123. Voy. *supra*, § 95.

[8] Voy. *suprà*, § 119, *in fine*. — Constantin a désigné certains cas dans lesquels le *procurator* est obligé de transférer le procès au *dominus*, L. 22, C. h. t. (2, 13). Mühlenbruch, p. 18 et suiv.

tatio [9]; que depuis lors la mort du *dominus* ne pouvait changer la position et les pouvoirs du représentant; que le droit résultant de la *litiscontestatio* [10] passait aux héritiers de celui-ci [11]; et enfin qu'il ne pouvait se substituer à lui-même une autre personne qu'après la *litiscontestatio* [12]. Ce *dominium litis* n'offrait aucune difficulté pratique quant au *cognitor* ou *procurator in rem suam* [13]; la formule était la même [14].

§ CLIX. — B. *A l'égard du représenté, et 1° à son préjudice* [1].

Au moyen du *cognitor*, le *dominus* déduisait lui-même son droit *in judicium*, par l'effet de la présentation solennelle qu'il en faisait devant le préteur; le *cognitor* n'était plus censé faire qu'une seule personne avec lui [2]. Dès lors, en effet, le *dominus* avait épuisé son droit primitif comme s'il eût actionné lui-même; la *cautio ratam rem dominum habiturum* était donc

[9] L. 32, D. h. t.

[10] L. 17, § 1, D. h. t. L. 1, C. Th. h. t. (2, 12), ou L. 23, C. eod. Si le *dominus* venait à mourir avant la *litiscontestatio*, le *judicium* était nul. L. 74, § 2, D. de jud. (5, 1). Voy. Keller, p. 351 et suiv.

[11] L. 1 f. C. Th. cit. Cela a été changé dans la L. 7, eod.; aussi n'en est-il plus question dans la L. 23, C. cit.

[12] L. 8, § 3, mand. (17, 1). L. 4, § 5, de app. (49, 1). L. 8, 11, C. h. t. L. 1, C. Th. ou L. 23, C. h. t.

[13] Le *mandatum actionis in gratiam mandatarii* opérait une translation des droits; nous ne pouvons nous occuper ici de cette hypothèse.

[14] Voy. aussi Arg. Gaius, IV, 35, et Mühlenbruch, p. 46, note 78. La formule donnée comme si une action avait été mandée, *quasi esset mandata*; est aussi la même. C'est une action utile, qui ne se distingue pas de la directe sous le rapport de la forme (54, note 18, *supra*). Car ici ce n'est que le mandat qui est supposé; or un mandat proprement dit ne figurerait pas lui-même dans la formule. Il y a déjà fiction par cela seulement que le préteur rédige la *condemnatio* au nom d'un représentant qui ne légitime pas sa qualité par un mandat véritable.

[1] Mühlenbruch, Cession, p. 54 et suiv. Prozess, 116-120. Hollweg, p. 164-239. Keller, p. 304-362.

[2] *Domini loco*, dit Gaius, IV, 97; ce qui, dans cet endroit, ne signifie pas le *dominium litis*, car ce *dominium* ne naît qu'à la *litiscontestatio*. C'est la confusion que fait Schrader, Heid. Jahrb. de 1823, p. 18. Voy. *contra* Mühlenbruch, Cession, p. 56.

inutile. Mais il en était autrement du procurateur et de tout autre représentant, tel que le tuteur ou le curateur; car, comme il ne s'identifiait pas avec le *dominus*, le droit de celui-ci n'était pas déduit *in judicium;* la caution *rem ratam* était donc nécessaire, « *nè iterum reus de eadem re experiatur.* » Il en était ainsi, du moins du temps de Gaius [3]. Il est probable que le *dominus*, par suite de l'action intentée par son *cognitor*, perdait le droit de l'intenter lui-même ensuite, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, suivant les mêmes cas où, en l'intentant personnellement, il aurait encouru la même déchéance de l'une ou de l'autre manière [4].

Quant à la garantie *rem ratam* [5], elle devait être donnée par fidéjusseur; les expressions de l'édit prétorien, qui soumettaient à cette *satisdatio* quiconque demandait à agir en justice pour autrui (à l'exception du *cognitor*), exigeaient, en outre, que ce dernier défendît le *dominus* contre toute autre action [6]. Si le défendeur aussi avait un représentant, il y avait des cas où le demandeur pouvait exiger de celui-ci la caution *ratam rem*, du moment qu'il y avait danger que le maître n'intentât ensuite une action [7]. Cette garantie toutefois ne mettait que d'une manière indirecte à l'abri de l'action du *dominus*, car elle n'empêchait pas ce dernier d'agir; seulement, s'il agissait, il était exposé à un recours de la part de son représentant qui avait fourni caution.

La *litiscontestatio* opérant *dominium litis* pour tout représentant, *cognitor* ou *procurator*, l'action *judicati* qui naissait de la sentence appartenait au premier ou contre lui, comme au *procurator* ou contre lui; mais le *dominus* s'identifiant avec le

[3] Gaius, IV, 96-100; pr. § 1, J. de satisdat. (4, 11).

[4] Arg. Julien, L. 22, § 8, D. ratam rem (46, 8), où *verus procurator* indique évidemment l'ancien *cognitor*. Conf. Hollweg, p. 173-175. Voy. aussi Keller, p. 346-348.

[5] D. ratam rem haberi et de ratihabitione (46, 8). Vat. fr. § 326, 333, 336. Gaius, note 3, *supra*. Tit. de satisdando, Paul, I, 11, C. 2, 57. J. de satisdation. (4, 11). — Hollweg, p. 183, 233.

[6] L. 33, § 3, conf. avec L. 39, § 1, D. de proc.

[7] L. 30, § 5, 6, 7, D. eod.

cognitor, d'après ce que nous avons dit plus haut, l'action *judicati* pouvait plutôt être exercée pour ou contre le *dominus*, lorsqu'il s'agissait d'un *cognitor*. Et même l'édit prétorien ne permettait de l'exercer qu'au *dominus* ou contre le *dominus*, excepté lorsque le représentant était *cognitor in rem suam;* or cette exception de l'édit prétorien confirme la conséquence que nous venons de tirer, pour le *cognitor*, du *dominium litis* [8].

La caution *de rato*, que l'édit imposait aussi au tuteur ou au curateur qui jouait le rôle de demandeur en qualité de représentant, n'était pas toujours exigée de lui déjà du temps de Gaius : « *Aliquando illis satisdatio remittitur* [9]. » Mais alors c'est que l'on supposait que le préteur aurait refusé ensuite l'action au *dominus*. Nous trouvons là l'origine des changements qui furent faits quant au tuteur et au curateur, sous ce rapport, peu après Gaius [10]; car, du temps d'Ulpien, il était de règle générale que le tuteur ou le curateur était dispensé de la *cautio de rato « quia rem in judicium deducit »*, c'est-à-dire, parce que le pupille se trouvait obligé personnellement par la *litiscontestatio* d'abord, et la *res judicata* ensuite, de son tuteur : toutefois si, au moment où l'action s'engageait, il n'était pas démontré que le tuteur eût l'administration, le défendeur pouvait exiger de lui la *cautio de rato* [11]. Cette règle s'appliqua, à la même époque, au *procurator præsentis*, lequel dès lors fut distingué du *procurator absentis:* on les opposa l'un à l'autre dans la pratique, en disant que le premier était *cognitoris loco* (*præsentis procuratorem pro cognitore haberi placuit*). Ainsi le *præsentis procurator* n'était pas obligé de donner la caution *de rato*, et la *judicati actio* obtenue pour ou contre lui était donnée, *causa cognita*, au *dominus* ou contre le *dominus;* à plus forte raison pouvait-on opposer à ce dernier l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*, que l'on aurait eu le droit

[8] Vat. fr. § 317, Paul, I, 2, § 4. L. 7, C. Th. de cogn. avec Vat. fr. § 331. Hollweg, p. 175 et suiv.

[9] Gaius, IV, 99. Conf. L. 1, § 2, 3, L. 2, pr. D. de adm. tut. (26, 7).

[10] Hollweg, p. 184 et suiv. Keller, p. 306 et suiv.

[11] L. 23, D. de adm. tut. L. 13, C. eod. (5, 37). Hollweg, p. 192 et s.

d'opposer à son représentant [12]. Or, était *procurator præsentis* celui que le *dominus* avait présenté lui-même au préteur, ou auquel il avait donné mandat *apud acta* [13] : c'était au fond un *cognitor* que l'on constituait, sans toutefois observer les solennités antiques.

Comme, au fond, les formalités pour constituer un *procurator præsentis* [14] n'avaient d'autre but que de rendre certaine l'existence du mandat, et d'en informer l'adversaire de manière que ce mandat ne pût plus être révoqué sans que cette révocation lui fût notifiée, et de manière aussi qu'on fût obligé de lui faire connaître la mort du représenté; on finit par se contenter, pour cette constitution, de la présence du *dominus* seul devant le magistrat [15], et de la notification de cette constitution à la partie adverse [16]. Ainsi un *principi datus libellus* dispensait le *procurator* de donner la caution *de rato* [17] : dans un passage de Modestin on place sur la même ligne que le *præsentis procurator* (VELUT *præsentis procuratorem intervenire intelligendum est*) celui que le *dominus* a fait connaître à la partie adverse par lettre, en lui annonçant qu'il approuve tout ce qui sera fait par lui [18]. Presque dans les mêmes termes, Dioclétien considère « *veluti præsentis procurator* » celui « *qui apud acta factus est agentis procurator* » [19], c'est-à-dire, quiconque se présente devant un magistrat avec un pouvoir à lui conféré par le *dominus* dans une forme qui commande la confiance : il en était ainsi du moins sous Justinien [20]. Dans tous les autres

[12] Papinien, Vat. fr. § 317, 331.

[13] « Apud acta a præsente domino, » Vat. fr. 317. Conf. Paul, I, 3, § 1.

[14] Voy. Brenemann, de Eurematicis, c. 2. Hollweg, p. 197.

[15] L. 5, 6, 7, D. de proc.

[16] Vat. fr. 333.

[17] L. 21, D. ratam rem hab.

[18] L. 65, D. de proc.

[19] L. un. C. de satisd.

[20] § 3, J. conf. avec Théoph. de satisdat. S'il était vrai qu'un tel pouvoir n'eût pas été suffisant avant Justinien, nous devrions admettre que le passage de Dioclétien était ainsi conçu : « qui a *præsente* domino apud acta, etc., » et alors nous devrions lire aussi *veluti cognitor*, au lieu de

cas on continua à exiger la caution [21]; on ne pouvait en être dispensé que *arbitrio magistratus*. Quelquefois, du temps de Gaius, ou même déjà auparavant, il était permis d'opposer l'exception de dol, et, dans quelques cas, l'exception *judicati* au *dominus* qui voulait renouveler l'action [22]. On était allé plus loin du temps de Papinien et d'Ulpien; tout VERUS *procurator*, c'est-à-dire tout *procurator* proprement dit, par opposition au *negotiorum gestor*, et ce dernier, lorsque le maître avait ratifié, le mandataire général, ainsi que le tuteur, le curateur et l'*actor municipum*, même lorsqu'ils avaient donné caution *de rato*, étaient considérés comme déduisant le droit du représenté *in judicium*, et par conséquent comme absorbant le droit primitif de ce dernier [23].

§ CLX. — 2° *Dans l'intérêt du dominus.*

Si le *dominus* ne se trouvait pas obligé par la *litiscontestatio* faite avec son représentant défendeur, il pouvait cependant s'en prévaloir; car la représentation n'aurait eu absolument aucun objet si elle n'avait pas procuré au *dominus* l'exception *rei in judicium deductæ* où l'exception *rei judicatæ*. Sous ce

veluti *præsentis procurator*. Voy. Hollweg, p. 203, conf. avec p. 200. Mais ce n'est pas vraisemblable.

[21] Papinien, Vat. fr. 333. *Absentis procuratorem satisdare debere*, etc. Paul, Consul. c. 3. Non-seulement Ulpien (L. 21, D. ratam rem), mais encore Modestin (L. 65, D. cit.) ne permettant de dispenser de la caution qu'avec beaucoup de circonspection, les tuteurs, du temps de Gaius, devaient encore fournir cette caution en règle générale. De là il faut conclure que la L. 1, C. de procur. d'après laquelle Antonin le Pieux n'exigeait la caution que dans le cas rare de l'incertitude d'un mandat, est interpolée, ou qu'elle ne s'appliquait pas à la procédure; voy. Keller, p. 319; Hollweg, p. 192. Dans tous les cas l'argument *a contrario* que l'on tire de là est très-peu fondé. Voy. Mühlenbruch, Proz. p. 120. — § 3, J. conf. avec pr. § 2, de satisd.

[22] Conf. Julien, L. 7, § 2, D. de cur. fur. (27, 10), et Keller, p. 323 et 335.

[23] L. 11, § 7, D. de except. rei jud. (44, 2). L. 56, de jud. L. 27, 66, de proc. L. 17, § 2, de jurej. (12, 2). L. 22, 23, de adm. tut. (26, 7). L. 1, C. quib. res jud. non nocet (7, 56).

rapport, il paraît qu'il n'y avait aucune différence entre le *cognitor* et tout autre représentant [1]; c'est ce qu'exprimait déjà Pomponius, en disant : « *Solutione vel* JUDICIUM PRO NOBIS ACCIPIENDO *et inviti et ignorantes liberari possumus* [2]. »

Non-seulement un défendeur pouvait invoquer les avantages que lui offrait, par la représentation, même un simple *defensor*, et par conséquent être libéré, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope* [3]; mais un *dominus*, dont l'action avait été intentée même par un *falsus procurator* ou un *negotiorum gestor*, pouvait se prévaloir de la procédure engagée en son nom, en la ratifiant; mais alors il se trouvait obligé, d'après le droit moderne, comme s'il avait donné un mandat en forme [4]. Tout procès quelconque, établissant un lien de droit entre ceux qui y figurent, rien ne s'opposait, en principe, à ce que des *negotiorum gestores* procédassent pour autrui; car le défaut de pouvoir n'entraînait pas nullité de plein droit.

Quant au défendeur, la représentation par un mandataire général était déjà autorisée du temps de Cicéron [5], avant qu'il y eût des *procuratores ad litem* investis d'un pouvoir spécial; plus tard, elle fut permise sans difficulté de la part d'un simple *negotiorum gestor* (*defensor*), en cas de nécessité, et surtout lorsque le défendeur était absent [6] : seulement il y avait des cas où ce *negotiorum gestor*, quoique représentant un défen-

[1] Hollweg, p. 208 et suiv. Keller, p. 349 et suiv. p. 359 et suiv.

[2] L. 23, D. de sol. (46, 3).

[3] L. 11, § 7, de exc. rei jud. (44, 2). L. 10, § 1, de in rem vers. (15, 3). C'est donc une intercession dans le but de libérer un débiteur, p. ex. L. 2, § 5, L. 3, D. ad Set. Vell. (16, 1), et « *fit delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem*, » L. 11, de nov. (46, 2).

[4] L. 56, de jud. (5, 1) : Si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. — L. 27 pr. D. de proc. L. 1, C. quib. res jud. (7, 56). — L. 25, § 2, de exc. rei jud. — Sur la L. 14, C. de proc. voy. Hollweg, p. 216.

[5] Cic. or. pro Quintio.

[6] L. 33, § 2, D. de proc. L. 1, de neg. gest. (3, 5). L. 12, C. de proc.

deur, devait donner même la caution *de rato*, lors, par exemple, que le *dominus* pouvait attaquer le jugement [7].

Quant au demandeur, déjà du temps de Gaius plusieurs jurisconsultes pensaient qu'il pouvait être représenté en justice par un *negotiorum gestor*, pourvu que la caution *de rato* fût fournie; qu'il n'y avait pas même d'inconvénient à regarder comme *procurator* un tel représentant, attendu qu'il arrivait souvent que le vrai *procurator* ne pouvait pas justifier de son mandat au commencement du litige [8] : toutefois l'opinion qui prévalut, fut qu'on ne pouvait accorder à un simple *negotiorum gestor* le droit de plaider comme demandeur au nom d'autrui, surtout depuis que, pour décider si le *dominus* se trouvait obligé par là, on exigeait la preuve d'un véritable mandat [9]. Il y avait cependant des exceptions à cette règle en faveur de ceux qui avaient des rapports personnels [10] ou de copropriété avec l'ayant-droit; dans ce cas, comme il y avait *mandatum præsumtum*, le *negotiorum gestor* pouvait représenter un demandeur, en donnant la caution *de rato* [11]. Dans tous les cas, la *litiscontestatio* avec un *falsus procurator* ou un *negotiorum gestor*, une fois engagée, donnait naissance à un *judicium* valable; seulement il pouvait devenir nul si la ratification ne survenait pas; et d'ailleurs la vérification du mandat n'appartenait pas d'office au juge [12].

§ CLXI. — *Judicati actio et cautio.*

Il était à désirer que l'action *judicati* [1] résultant d'une in-

[7] Voy. *supra*, § 159, note 7.

[8] Gaius, IV, 84.

[9] Julien, L. 6, § 12, Ulpien, L. 8 pr. D. de neg. gest. Paul, L. 5, § 4, de pr. verb. (19, 5). Voy. Hollweg, p. 219 et suiv.

[10] Klenze, Zeits. f. gesch. Rw. t. 6, p. 51.

[11] L. 35 pr. L. 40, § 4, L. 41, D. de proc. L. 8 pr. conf. avec L. 6, § ult. L. 31, § 6, de neg. gest. L. 3, § 3, D. jud. solv. (46, 7). L. 12, 21 C. de proc.

[12] Voy. Hollweg, p. 222-225.

[1] Hollweg, p. 225-232.

stance engagée avec un représentant pût être donnée au *dominus* ou contre lui, même lorsque ce représentant n'était pas un *cognitor*, du moment qu'il n'avait pas été constitué *in rem suam* (voy. note 12). Quant à lui donner l'exception *judicati*, la nécessité s'en était fait sentir de bonne heure; il n'en avait pas été de même de l'action *judicati*, parce que, d'après les principes relatifs au mandat et à la gestion d'affaires, il pouvait contraindre le *procurator* ou le *defensor* à lui céder son action [2].

L'édit prétorien n'accordait l'action *judicati* au *dominus*, ou contre lui, que lorsqu'il avait été représenté par un *cognitor*; il n'en était pas ainsi lorsqu'il avait été représenté par un *procurator* [3]. Il est vrai que le *dominus* et le *procurator* avaient le droit réciproquement de se demander compte [4]; mais là se bornaient les effets de cette représentation. Il y eut donc progrès lorsque, dans ce dernier cas, l'action *judicati*, mais seulement *utile*, fut donnée au *dominus* et contre lui [5]. C'est ce qui se pratiquait du temps de Papinien, lorsque le représentant était un *præsentis procurator*; le préteur, dans ce cas, accordait l'action *judicati* utile *causa cognita*; il ne l'accordait donc pas même d'une manière générale, comme la directe était accordée dans le cas de représentation par un *cognitor*; et il ne l'accordait jamais lorsque le représentant était un *absentis procurator* [6]. Plus tard cependant, dans le cas du *procurator præsentis*, l'action *judicati* utile fut donnée sans *causæ cognitio* [7]. Lorsque c'était un tuteur qui avait représenté un pupille en

[2] L. 8, § ult. L. 45 pr. § 5, D. mand. (17, 1). L. 49, § 2, de poss. (41, 2).

[3] Vat. fr. 317. Paul, I, 2, § 4.

[4] L. 46, § 4, 5, L. 31 pr. D. de proc. Il fallait aussi que le *dominus* se chargeât de l'action *judicati* à laquelle était exposé le représentant qui avait été défendeur. L. 45 pr. — § 5, D. mand.

[5] Voy. *infra*, notes 11 et 12.

[6] Vat. fr. § 131, 332.

[7] Du moins on lit dans la L. 7, C. Th. de cogn.: Si cognitor *vel præsentis procurator* usus fuerit — judicati actionem *sine ulla cunctatione* in dominum dari vel domino. Conf. Arg. L. 59, D. de verb. obl. (45, 1).

justice, il fut admis presque dès l'origine que l'action *judicati* appartiendrait au pupille ou contre lui[8]. Il est probable que l'édit refusait même l'action *judicati* à l'*actor municipum*, et l'accordait par conséquent d'une manière directe aux municipes, comme s'ils avaient été représentés par un *cognitor*[9]; conséquemment cette action était aussi donnée, non contre l'*actor*, mais contre les municipes[10].

Lorsque l'action *judicati* était la conséquence de la représentation d'un défendeur par un simple *defensor*, elle n'était pas donnée contre le *dominus*; mais plus tard, du moins dans le droit de Justinien, quel que fût le *procurator*, *præsentis* ou *absentis*, la translation de l'action *judicati* contre le *dominus* ne fut plus subordonnée qu'à une *causæ cognitio*[11]. Si l'action *judicati* avait été acquise contre le *procurator* d'un défendeur, elle ne pouvait être intentée que contre lui, non-seulement lorsqu'il avait été *procurator in rem suam*, mais encore lorsqu'il s'était présenté au demandeur pour engager le litige avec lui, en se disant personnellement obligé[12].

Les conséquences de l'action *judicati* étaient garanties par la caution *judicatum solvi*[13], fournie par le représentant d'un défendeur. Si celui-ci se défendait lui-même, son adversaire

[8] L. ult. D. si quis caut. (2, 11). L. 2 pr. de adm. tut. (26, 7). L. 5 pr. § 1, L. 6, 7, D. quando ex fact. tut. (26, 9). L. 1, C. eod. (5, 39). L. 4, § 1, D. de re jud. Tutor quoque vel curator in ea conditione sunt, ut non videantur videri se liti obtulisse : idcircoque debet denegari in eos judicati actio. Voy. note 12, *infra*.

[9] L. 6, § 3, quod cujusc. univ. (3, 4).

[10] L. 4, § 2, D. de re jud. avec L. 5, § 9, de const. pec. (13, 5).

[11] Pour le cas de représentation d'un demandeur, voy. L. 28, D. de proc. L. 86, de sol. (46, 3), L. 5, D. de stip. præt. (46, 5), L. 18, § 16, de damn. inf. (39, 2). Pour le cas de représentation d'un défendeur, voy. la note suivante, et Hollweg, p. 229-232.

[12] L. 4 pr. D. de re jud. Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur : si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit : nam hic alia ratione judicati actionem recusare non potest, etc. L. 28 f. L. 31, L. 61, D. de proc.

[13] D. judicatum solvi (46, 7). — Cujas, x, 29. — Hollweg, p. 234.

ne pouvait exiger de lui aucune caution ; il ne pouvait prétendre à plus de sûreté qu'il n'en avait en vertu de son droit primitif. Il y avait cependant des cas où le défendeur, plaidant lui-même, était obligé de donner cette caution ; mais ils sont mentionnés en leur lieu et place [14]. Même lorsque le représentant du défendeur était *cognitor*, la caution *judicatum solvi* devait être fournie [15], soit par le *dominus*, puisque c'était contre lui que devait être dirigée l'action *judicati*, soit par le *cognitor* [16] ; car il était de principe que : « *Nemo defensor idoneus sine satisdatione esse creditur* [17]. » Il pouvait se faire aussi que la caution *judicatum solvi* se cumulât avec la caution *rati* [18].

La stipulation *judicatum solvi* avait trois objets, savoir : *de re defendenda*, *de judicato solvendo* et *de dolo malo* [19].

Il est probable que, déjà avant Justinien [20], le *procurator præsentis* était mis sur la même ligne que le *cognitor*, quant à la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire que le maître devait la fournir pour lui [21] ; quant au *procurator absentis* constitué *apud acta*, il devait la fournir lui-même [22]. Lorsque le *dominus* avait

[14] Ces cas sont réunis dans Gaius IV, 102. Dans le droit de Justinien, il n'y avait plus que le représentant d'un défendeur qui était obligé de donner la caution *judicatum solvi* ; le défendeur qui procédait lui-même n'y était plus soumis, pr. § 1, 2, 3, J. de satisd. (4, 11).

[15] Aussi est-ce à tort que Alphenus, dans Cic. pro Quinct. c. 6, 7 fin. « negat æquum esse procuratorem satisdare (judicat. solvi), quod reus satisdare non deberet, si ipse adesset. »

[16] Gaius, IV, 101. Vat. fr. § 317. On trouve la même chose dans la L. 10, D. judic. solvi ; seulement il faut lire *cognitor* au lieu de *procurator*.

[17] Gaius, l. c. et § 90. § 1, J. de satisd. L. 46, § 2, D. de proc.—L. 110, § 1, L. 166, D. de reg. jur. *recte defendere* signifie défendre avec caution, D. 63, de jud. L. 53, de proc. L. 2, § 3, quib. ex caus. (42, 4), L. 5. § 3, jud. solvi.— Quæ satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiam si apud acta procurator constituatur, D. Severus constituerit, Vat. fr. § 317, conf. L. un. C. de satisd.

[18] L. 40, § 2, D. de proc. L. 6, ratam rem hab.

[19] L. 5, § 2. L. 6. L. 13 pr. L. 17, 19, 21, D. jud. solvi.

[20] Il n'en était pas encore ainsi du temps de Papinien, Vat. fr. § 317.

[21] § 4, J. de satisd. conf. avec L. 8, § 3, L. 15 pr. L. 46 pr. de proc.

[22] § 5, J. eod. L. 39, § 6, L. 40, § 2, D. de proc. L. un. C. de satisd.

fourni cette caution, avant la *litiscontestatio*, pour le *cognitor* ou le *procurator præsentis*, celui-ci pouvait être contraint, en vertu d'un édit du préteur, d'accepter le *judicium* en qualité de représentant [23]; et lorsque le *procurator* avait lui-même fourni cette caution, le *dominus* pouvait venir prendre sa place dans l'instance, mais seulement *causa cognita* [24].

§ CLXII. — *Droit nouveau sur les représentants.*

Nous ne pouvons rien dire de positif relativement à la représentation dans les *extraordinariæ actiones :* cependant rien ne s'oppose à ce que nous admettions qu'ici aussi il y avait des *cognitores*, ou des *procuratores*, ou des *negotiorum gestores*. Dans ce cas ce ne pouvait être la *litiscontestatio* qui faisait passer le litige sur la tête du représentant; mais il y passait au moyen d'une caution.

Dans les *ordinariæ actiones*, le droit relatif à la représentation, que nous retrouvons à l'époque du droit des Pandectes, était resté applicable en général; seulement il avait éprouvé quelques modifications, desquelles nous avons été obligés de dire quelques mots en parlant de la représentation à cette époque : ainsi, par exemple, le *dominium litis* qui, d'après ce qui a été dit ci-dessus, § 158, note 11, passait, à la mort du représentant, aux héritiers de celui-ci, n'y passait plus, mais retournait au *dominus* primitif. Plusieurs passages appartenant au droit romain des derniers temps continuent à mentionner le *dominium litis*, et on y trouve transportés les principes concernant le *cognitor* au *procurator præsentis*, ou *procurator absentis apud acta :* seulement le nom de *cognitor*, que l'on rencontre encore dans une constitution de Valentinien [1], ne paraît

[23] L. 8, § 3, D. de proc. (où on lit *procurator* au lieu de *cognitor*). Conf. L. 9. — L. 15, pr. D. L. 6, C. eod.

[24] L. 64, D. de proc. L. 1, § 2, D. quib. mod. pign. (20, 6), conf. avec L. 43, § 6, L. 44, 45, pr. L. 76, D. de proc.

[1] L. 7, C. Th. de cogn. Ici les mots : *si cognitor vel præsens procurator* signifient que l'ancien *cognitor* était dès lors remplacé par le *præsens procurator*.

plus dans la compilation de Justinien; l'interpolation l'y a fait disparaître [2]. Ce n'est pas que le *cognitor* n'eût pu être constitué aussi dans les derniers temps; mais le *præsentis procurator* ou l'*absentis procurator apud acta* pouvait être constitué avec moins de formalités, et il remplissait le même but. Un tel *procurator* ne s'y trouve plus aussi bien distingué de tout autre *procurator;* mais cependant il y est encore placé avec un caractère différent [3]. Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose [4], exige que l'on examine les pouvoirs du *procurator* au commencement du litige, et déclare qu'un *judicium* avec un *falsus procurator* n'est pas possible [5] : or cette constitution, si elle doit être prise à la lettre, prouverait que l'on n'avait pu s'en tenir à l'ancien système d'une manière complète. — Dans une constitution de Zénon, il est aussi question de procurateurs publics dans les divers tribunaux [6].

§ CLXIII. — *Des conditions voulues pour la représentation.*

Comme le représentant judiciaire doit rattacher l'*intentio* de l'action qu'il intente au *dominus* lui-même, il en résulte que ce *dominus* doit être capable de *intendere*, et doit avoir un intérêt personnel à l'action. On n'exige rien de plus, en général, quant au *dominus* [1]. En ce qui concerne la capacité juridique de figurer dans un procès, il est évident qu'elle ne doit être exigée que de la part du représentant [2].

[2] Dans les textes, où autrefois il y avait *cognitor*, on trouve maintenant *præsens* ou *verus procurator*, ou *procurator* seulement. L'interpolation a été faite avec plus ou moins d'adresse.

[3] Voy. *supra*, § 161, *in fine*, et L. 67, D. de proc. conf. avec Vat. fr. §§ 328 et 332. Voyez, d'un autre côté, L. 5-7, L. 65, D. de proc. L. 79, de verb. obl. L. un. C. de satisd. conf. Keller, p. 329.

[4] L. 3, C. Th. de cogn. ou L. 24, C. de proc.

[5] Voy. Hollweg, p. 224 et suiv.

[6] L. 27, C. de proc. restituée d'après les Basiliques.

[1] L. 33, pr. D. de proc. L. 8, pr. eod. L. 15, pr. D. ex quib. caus. (4, 6). Une femme ne pouvait constituer un *cognitor* qu'avec l'autorisation de son tuteur; mais elle n'en avait pas besoin pour la constitution d'un *procurator*, Vat. fr. §§ 325, 326, 327.

[2] L. 43, pr. L. 54, pr. D. de proc. L. 2, § 1, de reg. jur. L. 6, C. de

Il n'était pas indispensable que les femmes fussent représentées en justice [3]; elles pouvaient y figurer elles-mêmes dans un intérêt personnel : mais l'usage voulait qu'elles s'abstinssent, dans tous les cas, d'y figurer pour autrui; cette règle, admise par l'édit du préteur, leur permettait cependant la représentation exceptionnellement, c'est-à-dire, *cognita causa*, [4] ou lorsqu'elles avaient reçu un mandat *in rem suam* [5].

L'édit du préteur défendait à certaines personnes de procéder *per cognitorem*; à d'autres de figurer en justice en qualité de *cognitores* [6]; et plus tard ces défenses se sont appliquées à la représentation par *procurator* (§ 157, note 6). Ainsi les *infames* ne pouvaient ni représenter, ni être représentés (ce qu'a supprimé Justinien [7]), et, en outre, le *miles* ne pouvait en général être représentant [8]. Toutefois ces défenses ne donnaient lieu qu'aux exceptions *cognitoriæ* et *procuratoriæ*; si elles n'avaient pas été opposées au moment de la *litiscontestatio*, la représentation par ces incapables était valable [9].

Sous les empereurs, plusieurs dispositions furent prises pour empêcher que des créanciers, en se faisant représenter par des *potentiores*, ne pussent ainsi opprimer leurs débiteurs [10]. Sous

jud. (3, 1). — L. 54, pr. D. de proc. L. 1, C. eod. conf. L. 8, pr. D. de proc. L. 9, de his qui sui.

[3] De ce qu'elles étaient en tutelle, il ne faut pas en conclure que leur tuteur les représentait en justice; car autre chose est représenter, autre chose autoriser. Les femmes ont toujours pu figurer en justice, dès le système des actions de la loi et jusque dans les derniers temps; voy. *supra*, § 111, note 17, et L. 1, C. de off. div. jud. (1, 48). Dirksen, Beyträge, p. 241.

[4] L. 41, D. de proc. L. 3, § 2, D. de lib. caus. (40, 12). — L. 1, § 1, D. de app. rec. (49, 5).

[5] L. 2, D. de reg. jur. L. 54, D. L. 4, 18, C. de proc. § ult. J. de exc. (4, 13). Paul, I, 2, § 2.

[6] Gaius, IV, 124. Vat. fr. § 323. Quinct. I, O. III, 6, § 74.

[7] § ult. J. et Th. de exc. (4, 13).

[8] L. 8, § 2. L. 54, D. L. 7, 8. L. 13, C. de proc. L. 5, C. de cond. ob caus. dat. (4, 6). § ult. J. cit.

[9] Gaius, l. c. L. 2, § 4, D. de exc. L. 6, D. de op. nov. nunc. (39, 1). L. 23, D. ratam rem (46, 8). § ult. J. cit. L. 8, § 2, L. 13, C. de proc.

[10] C. ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in

les empereurs chrétiens il fut défendu à certaines personnes haut placées de plaider elles-mêmes, elles devaient se faire représenter par des *procuratores* [11]; et Justinien ne voulut pas que des ecclésiastiques pussent jouer le rôle de représentants [12].

§ CLXIV. — II. *De l'intervention* [1].

Intervenire, dans son sens le plus large, signifie prendre part au litige d'autrui : cette signification comprendrait les représentants, dont nous venons de parler [2]. Mais l'intervention proprement dite est un acte juridique par lequel une personne tierce vient s'introduire, en son propre nom, dans une instance engagée par d'autres personnes. Nous ne trouvons que dans les jurisconsultes classiques une théorie sur cette matière. La doctrine, partant de ce principe que la force de chose jugée ne peut être opposée à des tiers, devait admettre la conséquence qu'une personne qui n'avait pas pris part à une procédure dont le résultat avait été une sentence qui implicitement compromettait ses droits, pouvait encore, sans avoir égard à cette sentence, recommencer le procès en son nom; il fallait cependant éviter une telle bizarrerie autant que possible. La doctrine voulut donc que cette personne, lorsqu'elle était instruite de l'existence d'une instance engagée avec une partie dont elle-même n'était que l'ayant-cause, y intervînt au moins par un appel; dans le cas contraire, le jugement rendu à l'égard de son auteur avait pour elle également force de chose jugée. Mais si elle ne tenait pas ses droits de la partie engagée dans le procès, si son intérêt, quoique commun avec celui de cette

lite præstet (2, 18). C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, *vel actiones in se transferre* (2, 14). Les derniers mots ne doivent pas s'entendre seulement d'une véritable cession d'actions. Voy. Mühlenbruch, Cession, p. 346.

[11] L. 25, C. de proc.

[12] Nov. 112, c. 6.

[1] Heffter, Inst. p. 530-535.

[2] Brisson. v. *Intervenire*. J. Goth. ad L. 5, C. Th. de cognit. Buchholtz, ad Vat. fr. p. 342.

partie, en était indépendant, comme celui d'un cohéritier, elle n'était pas obligée d'intervenir, mais elle le pouvait [3]. D'après des rescrits d'Antonin le Pieux et des *D. fratres*, les légataires et les esclaves affranchis pouvaient intervenir dans les cas où le testament avait été déclaré nul soit par contumace, soit par collusion, soit par négligence de l'héritier testamentaire [4]. Il n'est pas dit si, dans le cas de *scientia*, il faut qu'ils interviennent, par exemple, par appel. En outre Justinien accorde au légataire le droit de se joindre, dans son intérêt, à l'héritier qui soutient un procès relativement à la propriété de la chose léguée [5].

On ne peut pas, au reste, donner le nom d'intervention à l'action intentée par un nouveau demandeur contre un défendeur déjà attaqué pour le même objet : que cette nouvelle action soit intentée pendant que la première est encore pendante, ou après, peu importe ; ce sont deux procès distincts, même en supposant qu'ils soient portés devant le même juge. Dans tous les cas on ne doit pas s'étonner que, d'après les principes du droit romain, un défendeur condamné envers un demandeur ait cependant le droit d'obtenir de ce dernier une caution pour le cas où, pour le même objet, un autre demandeur obtiendrait gain de cause contre lui [6] ; il peut se faire aussi que, parmi plusieurs demandeurs, celui qui a obtenu le premier la sentence soit préféré, sans caution, d'après la maxime *melior est conditio occupantis* [7].

§ CLXV. — III. *Des avocats* [1].

Il ne faut pas confondre avec les représentants, d'une part,

[3] L. 63, D. de exc. rei jud. (44, 2), conf. avec L. 4, § 2 sqq. L. 5, pr. D. de app. (49, 1), et Keller, p. 368 et suiv.

[4] L. 14, D. de app. L. 29, pr. de inoff. test. (5, 2). Voy. *supra*, § 140.

[5] Nov. 112, c. 1.

[6] L. 57, de her. pet. (5, 3). L. 57, de rei vind. (6, 1). Glück, comm. t. 8, p. 226, note 56.

[7] L. 14, pr. D. de nox. act. (9, 4). L. 10, de pec. (15, 1).

[1] Tit. de postulando, D. 2, 1. C. 2, 6. C. Th. 2, 10. — C. de advocatis diversorum judiciorum (2, 7). Ici appartient aussi le titre qui a pour

les *advocati* qui prêtaient le secours de leurs lumières aux parties devant le préteur, et d'autre part, les *patroni* ou orateurs, qui plaidaient pour leurs clients *in judicio*[2]. A l'époque où les jurisconsultes distingués tenaient encore à honneur de mettre leurs connaissances au service de la pratique, ils étaient appelés (*advocati*) pour aider les parties de leurs conseils, ou ils *postulaient* à leur place, c'est-à-dire, les remplaçaient pour la *postulatio actionis* ou *exceptionis* (voy. *supra*, § 118, notes 2—11) : mais pour *causas orare*, ou *orare*, ou *perorare*, les connaissances juridiques n'étaient pas indispensables [3]. Dans la suite, sous les empereurs, un certain nombre de personnes se consacrèrent spécialement à ces fonctions ; cela s'appelait *patrocinium* ou *advocationem præbere*[4]. Pendant tout le système formulaire les mêmes personnes ne réunissaient pas toujours les fonctions d'*advocati* avec celles d'orateurs; mais il en fut autrement plus tard [5]. Les mots *advocati* et *patroni*, qui devinrent synonymes, désignaient un ordre de personnes qui furent de jour en jour plus honorées, à qui l'on donna la qualification de *disertissimi*, et, en dernier lieu, celui de *togati*. Ils étaient déjà de bonne heure surnommés *causidici*[6].

Le préteur avait publié un édit [7] pour régler la postulation que l'on pouvait faire pour soi ou pour d'autres ; il défendait aux uns de postuler d'une manière absolue, aux autres de postuler pour autrui ; à ceux-là enfin il permettait seulement de postuler pour certaines personnes. Il prohibait la postulation aux mineurs de dix-sept ans [8], et aux femmes la postulation

rubrique *de adv. judicum* (2, 8). Nov. Theod. II, lib. 1, tit. 10, de postulando et de perpetuanda advocatione.

[2] Ascon. ad Cic. Div. in Cæcil. c. 4.

[3] L. 2, § 43, D. de orig. jur.

[4] L. 1, § 11, D. de extr. cogn. (50, 13). Brisson. vv. *advocatio*, *patrocinium*.

[5] Voy. le passage cité à la note 2, et, en outre, Aurel. Victor, Ars rhet. c. 25 : « — Frequenter *oratores* urgentur ab advocatis, a litigatoribus, ut quod sit inutile ingerant. »

[6] Voy. Brissonius, vv. cit.

[7] Bynkershoeck, Obs. IV, c. 11, 12.

[8] L. 1, § 3, D. de postul. (3, 1).

pour autrui. Ce qui donna lieu à cette dernière prohibition fut l'impudeur d'une certaine G. Afrania, vers l'an 705 [9]. Quant à ceux qui ne pouvaient pas postuler pour eux-mêmes, le préteur disait : « *Si non habebunt advocatum, ego dabo,* » de même que, du reste, il donnait un *advocatus* à quiconque n'en pouvait trouver [10]. On ne pouvait pas, en effet, se passer des secours d'un jurisconsulte dans le système formulaire, et c'est pour cela que l'on voyait souvent demander un *advocatus* devant le préteur [11]. Sous les empereurs chrétiens fut publiée une constitution qui prescrivait expressément aux *judices* de veiller à ce que les parties fussent défendues chacune par des avocats d'un talent égal, et imposait à ceux-ci l'obligation de se charger de la défense qui leur serait confiée d'office [12]. En outre, déjà d'après le droit des Pandectes, un *Decurio* ne pouvait remplir les fonctions d'avocat contre sa *civitas* [13]. A cette époque les magistrats avaient déjà le droit, pour l'étendue de leur territoire et pour le temps de leur magistrature, d'interdire la postulation à certaines personnes, ou sans limite, ou pour un certain temps [14]. Une constitution des empereurs chrétiens décida également que la même personne ne pourrait, dans la même cause, être avocat et juge [15]; et Justinien défendit à un assesseur de remplir, devant le même tribunal, les fonctions d'avocat [16].

Les demandes formées par un avocat en présence de sa partie étaient censées émanées de la partie elle-même [17] : toutefois l'erreur commise par lui ne pouvait nuire au client, d'après des

[9] L. 1, § 5, D. eod. avec Val. Max. VIII, 3. Voy. aussi L. 2, D. de reg. jur.

[10] L. 1, § 4, eod. L. 9, § 5, de off. proc. (1, 16).

[11] Brissonius, de form. V, 4.

[12] L. 7, C. h. t. (2, 6).

[13] L. 10, § 1, D. h. t. L. 2, C. de adv. div. jud. (2, 7).

[14] L. 9, pr. § 1 sqq. de pœn. (48, 19). — L. 6, § 1, L. 8, L. 9, D. h. t. L. 6, § ult. mand. (17, 1). L. 1, C. h. t.

[15] L. 2 (dans Wenck, L. 5), C. Th. h. t. L. 6, pr. C. eod.

[16] L. ult. pr. C. de assessor. (1, 51).

[17] L. 1, C. de errore advocatorum, vel libellos vel preces concipientium (2, 10).

constitutions impériales, pourvu que ce dernier désavouât immédiatement l'imprudent aveu [18].

Adrien nomma un avocat spécial pour le fisc [19]. Vers l'époque des empereurs chrétiens, on trouve déjà un certain nombre d'avocats formellement attachés aux tribunaux supérieurs; mais on n'en doit pas encore conclure que le rôle d'avocat y fût interdit à toute autre personne. Constantin déclara que les avocats ne seraient plus assignés à chaque tribunal comme auparavant, jusqu'à concurrence d'un nombre déterminé; que chaque avocat aurait le droit de choisir le tribunal devant lequel il voudrait postuler; que toutefois, lorsque ce choix serait fait, il ne pourrait varier [20]. Plus tard on revint à l'ancien état de choses [21]; ainsi on fixa à 150 le nombre des avocats plaidants devant le préfet du prétoire [22], à 80 devant le préfet de la ville [23], et les deux premiers de ceux attachés au préfet du prétoire, au commencement de chaque année, ensuite tous les deux ans, étaient promus au patronat du fisc, ce qui était la première dignité dans l'ordre des avocats [24].

Pour être admis dans la classe des avocats du préfet du prétoire, il fallait faire constater, devant le recteur de sa province et dans des *gesta*, que l'on n'était pas soumis à la *cohortalis vita*, c'est-à-dire, que l'on n'appartenait pas à l'*officium* du recteur de la province. Il fallait, en outre, se faire délivrer par les jurisconsultes près desquels on s'était instruit une attestation d'études suffisantes, laquelle attestation devait être consignée dans les registres publics après un serment prêté par ces

[18] L. 3, C. eod. La lacune, dans les Basiliques, de ces mots: « *id est: triduo proximo*, » semble résulter d'une glose marginale, à l'occasion de la L. ult. C. de judic.; conf. J. Goth. ad L. un. C. Th. de err. advoc. Schulting, acad. quæst. t. 1, p. 145.

[19] Spart. Hadr. c. 19. Voy. Tit. de advocatio fisci, C. 1, 9, C. Th. 10, 15.

[20] Leg. Nov. 1, 2, C. Th. h. t. conf. Wenck. ibid. note a.

[21] Cujas, Obs. XVI, 22.

[22] L. 8, 11, 17 pr. C. de adv. div. jud. (2, 7).

[23] L. 7 pr. C. eod. (2, 8), avec Cujas, Obs. XIII, 1.

[24] L. 10, 12, C. eod. (2, 7).

jurisconsultes. Ainsi l'avait décrété l'empereur Léon [25]. Tous les avocats attachés au tribunal devaient être inscrits sur une espèce de tableau (*matricula*); les *supernumerarii* [26] (comme qui dirait les stagiaires) n'y figuraient pas. Les prérogatives dont jouissaient les avocats sous les empereurs chrétiens consistaient, pour les fils de famille, à pouvoir acquérir un pécule quasi-castrens ; pour tous, à être affranchis des charges personnelles, excepté celle d'arbitre, lorsqu'elle leur était imposée dans la localité où ils exerçaient [27]. En outre les avocats des différents tribunaux obtinrent d'Anastase plusieurs priviléges, spécialement celui de porter certains titres honorifiques après la cessation de leurs fonctions [28].

§ CLXVI. — *Des honoraires des avocats* [1].

Être avocat, orateur, c'était, dans les premiers temps, remplir les devoirs de l'amitié, cueillir les palmes de l'honneur. Un salaire n'aurait pu se concilier avec un tel rôle. Plus tard, lorsque les idées sur la dignité attachée à ces fonctions furent devenues moins pures, des lois tentèrent de rappeler les avocats à leur noblesse originaire, et spécialement la loi *Cincia de donis et muneribus* de l'année 550 [2] leur défendit de recevoir des présents pour leurs plaidoiries (*ad causam orandam*) [3]. Mais cette prohibition étant fréquemment violée [4], un sénatus-consulte rendu sous Auguste la renouvela en la sanctionnant

[25] L. 11, C. eod.

[26] L. 13, C. eod. L. 1, 9, C. 2, 8. L. 14, C. de assess. (1, 51).

[27] L. 6, 13 f. C. de adv. div. jud. (2, 7).

[28] L. 5, 7, 9, 13, C. eod. (2, 7), et L. 1-5, 17, C. eod. (2, 8).

[1] Fr. Brummer, ad leg. Cinciam, Paris, 1668, 4, c. 2-11, opusc. p. 15-180. Jo. Aug. Bach, Trajanus, p. 89-99, et de lege Anastas. § 1, opusc. 363-370.

[2] L. XXXIV, 4. Cic. de senect. c. 4.

[3] Liv. l. c. fait dire à Caton : « Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatui cœperit. » Voy. Tac. A. XI, 5; XIII, 42; XV, 20. Cic. ad Att. I, ep. ult.

[4] Voy. Brummer, c. 7-9. — La L. 29, D. de legib. (1, 3), tirée de Paul, lib. sing. *ad leg. Cinciam*, explique la différence entre *contra legem* et *in fraudem legis facere*.

par la peine du quadruple [5], à l'imitation de la peine du crime de concussion de la loi Julia *repetundarum* [6]. Ces efforts du législateur n'eurent pas un grand succès : car ce ne fut qu'avec la plus grande difficulté que, sous le règne de Claude, on put faire passer un autre sénatus-consulte qui défendait à un avocat de recevoir des honoraires supérieurs à 10,000 sesterces. Cette prohibition nouvelle se rattachait aussi à la loi Julia *repetundarum* [7], puisqu'elle appliquait, pour le cas de transgression, la peine de cette loi, c'est-à-dire du quadruple [8]. Un troisième sénatus-consulte, rendu sous Néron, paraît n'avoir eu d'autre but que de confirmer la disposition du précédent [9]. Ensuite Trajan se vit forcé de faire rendre un quatrième sénatus-consulte, d'après lequel les parties devaient, au commencement du procès, affirmer par serment qu'elles n'avaient rien donné ni promis à leur défenseur. Il restait toujours défendu aux avocats de recevoir au delà de 10,000 sesterces [10] lorsque le procès était terminé. Dans la suite cependant, des honoraires purent être donnés ou promis d'avance à l'avocat ; et même, en vertu d'un rescrit d'Alexandre-Sévère, celui-ci pouvait les réclamer *extra ordinem :* toutefois la demande d'honoraires

[5] Dio Cass. LIV, 18, avec Tac. Ann. XIII, 42.

[6] L. 1, L. ult. C. ad leg. Jul. rep. (9, 27).

[7] L. 6, § 2, D. de leg. Jul. rep. (48, 11) : Lege Julia repetundarum cavetur : ne quis, etc. — Neve plus domini muneris in anno accipiant, quam quod sit *aureorum centum.* »

[8] Tac. A. XI, 5-8; XIII, 42. Voy. aussi Unterholzner, dans le Rh. Mus. f. jurispr. t. 2, cah. 4, p. 439, à la note.

[9] On lit dans Tacite, A. XIII, 5 : « Multaque arbitrio senatus constituta sunt : *ne quis ob causam orandam mercede aut donis emeretur.* » Ces dernières expressions sont bien générales ; mais on lit dans Suétone, Nero, c. 17 : « ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem darent. » Il est difficile d'admettre, avec Brummer, c. 5, que Néron ait remis en vigueur la défense absolue de la loi Cincia, et que c'est à tort que Suétone attribue à Néron une décision qui appartient à Claude. C'est encore une erreur que de croire que Néron, après avoir fait une défense absolue, aurait ensuite permis aux avocats de recevoir une certaine somme ; car *mercede emi* veut dire que l'avocat ne doit pas se faire acheter pour une somme qui excéderait un certain taux. Ainsi tout s'explique.

[10] Pline, ep. V, 4, 21.

pouvait être réduite suivant les circonstances, et dans tous les cas ils ne pouvaient dépasser cent écus d'or; il y avait même lieu à répétition pour le client qui avait payé au delà de cette somme. C'est dans cet état que les principes sur cette matière ont été admis dans le Digeste et par Justinien [11]. Mais il fut toujours défendu à un avocat de se faire promettre une part dans les bénéfices d'un procès pour le cas de réussite [12]. Une semblable stipulation avait même pour conséquence l'interdiction; et souvent les empereurs, spécialement les *divi fratres*, décrétèrent des peines sévères contre l'avocat qui oubliait à ce point les devoirs de sa profession [13]. Un rescrit de Sévère et de Caracalla déclara également illicite la convention dans laquelle un avocat se faisait promettre *societatem* FUTURI *emolumenti;* mais il ne défendait pas de se faire payer, après le procès, des honoraires jusqu'à concurrence de la somme permise, et même *palmaris nomine* [14]. Également les avocats ne pouvaient *redimere litem*, c'est-à-dire courir les chances d'un procès moyennant un prix [15].

Constantin fut encore obligé de promulguer des constitutions [16], dans le but de prévenir les traités honteux des avocats avec leurs clients, et spécialement de prohiber les conventions relatives aux *emolumenta certæ partis* (*quota litis*) [17]. Ses fils recommandèrent aux juges, d'une manière générale, de veiller à ce que les avocats n'exigeassent pas des honoraires trop considérables [18].

[11] L. 1, § 10-13, D. de extr. cogn. (50, 13).—L. 38, § 1, loc. (19, 2). L. 19, § 1, D. de don. (39, 5). L. 3, C. h. t. (2, 6). L. 4, L. ult. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6).

[12] L. 53, D. de pact. (2, 14).

[13] L. 6, § ult. D. mand. (17, 1). Voy. à ce sujet Mühlenbruch, Cession, p. 352, note 212.

[14] L. 1, § 12, D. de extr. cogn. (50, 13).

[15] L. 9, § 2, D. de off. proc. (1, 16); conf. L. 7, D. mand. (17, 1). — Quinct. I, O. XII, 7 fin. — Mühlenbruch, p. 351-355.

[16] L. 1, C. Th. de post. (2, 10).

[17] L. 5, C. eod. (2, 6).

[18] L. 2, C. Th. de concuss. advocat. (8, 10), ou L. 2, C. de lucris advoc. et concussionib. offic. (12, 62).

QUATRIÈME PARTIE.

DES MOYENS DE SE POURVOIR [1], ET DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

CHAPITRE Ier. — DES MOYENS DE SE POURVOIR.

§ CLXVII. — *Des nullités* [2].

Jusqu'ici nous avons souvent fait remarquer qu'il ne suffit pas qu'une sentence soit rendue pour qu'elle soit valable ; que toute efficacité lui est refusée lorsque la procédure qui l'a précédée, ou ses dispositions elles-mêmes, se trouvent en opposition avec des principes positifs. Du temps des empereurs sous lesquels fut introduite la voie de l'appel, dans le sens moderne de ce mot (§ 149), on disait de telles sentences : « *sine appellatione rescinduntur.* » Dans les temps les plus reculés, on pouvait déjà, par un *vindex*, résister à l'action *judicati* ou à la *manus injectio* employée pour arriver à l'exécution d'une sentence (§ 128). Or une telle opposition ne pouvait être fondée que sur une nullité, puisque alors il n'y avait pas d'exceptions. A toutes les époques on peut supposer, dans la décision d'un juge, des faits qui l'empêchent d'avoir le caractère d'une sentence proprement dite, et il n'est pas besoin, dans ce cas, d'invoquer pour la nullité des règles positives. Dans le système formulaire la chose était bien simple. Lorsqu'une sentence était nulle, et que celui qui l'avait obtenue s'adressait pour son exécution au magistrat qui avait constitué le juge (ou à son

[1] D. XLIX, 1-14. C. VII, 61-70. C. Th. XI, 29-38.

[2] D. Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur (49, 8). C. quando provocare non est necesse (7, 64). Goldschmidt, Abh. aus dem Civilp. p. 111 et suiv.

successeur), celui-ci refusait son ministère; où lorsqu'un demandeur, qui avait échoué dans une sentence nulle, renouvelait son action, le magistrat refusait à son adversaire l'exception *rei judicatæ*. Lorsque cette nullité reposait sur des questions de fait, le magistrat renvoyait les parties devant un juge, de la manière suivante : lorsque celui qui avait obtenu la sentence nulle voulait la mettre à exécution, si la partie condamnée invoquait la nullité, le préteur accordait au poursuivant l'action *judicati* (§ 138); lorsqu'au contraire le demandeur, ayant été vaincu par une sentence nulle, renouvelait son action, il renvoyait les parties devant le juge avec l'ancienne action, mais en donnant mission à ce dernier d'examiner si l'exception *judicati* du défendeur était bien ou mal fondée. Dans l'un et l'autre cas, le juge avait donc à examiner *an judicatum sit* [3]. Plus tard, lorsque le magistrat était juge en même temps, s'il ne voulait pas réformer lui-même sa sentence, il fallait porter l'action *judicati*, ou, suivant les cas, l'ancienne action, devant les magistrats supérieurs compétents pour l'appel.

Il y avait un grand nombre de causes de nullité, qui remontent à une époque dont la date résulte suffisamment de ce qui a été dit plus haut. Quant aux causes de nullité que l'on pouvait invoquer du temps des empereurs, sur lesquelles nous avons des renseignements spéciaux, on peut les classer ainsi qu'il suit :

1° L'omission des formalités de procédure, par exemple, lorsque la sentence a été prononcée contre un absent sans l'observation des formalités de la contumace [4]; lorsque la sentence n'a pas été prononcée; dans les derniers temps, lorsqu'elle l'a été sans avoir été préalablement rédigée; lorsqu'elle manque de précision [5], ou enfin lorsqu'elle contient quelque chose d'impossible [6].

[3] L. 1, pr. D. h. t. (49, 8).
[4] §§ 136, 137, *supra*, L. 1, § 3, D. h. t.
[5] § 137, *supra*.
[6] L. ult. D. h. t.

2° Lorsque le magistrat n'est pas compétent, ou du moins n'a pas le droit *dandi judicem* ou lorsqu'il connaît *extra ordinem* d'une affaire dont il aurait dû attribuer la connaissance à un *judex;* lorsque le juge nommé est incapable ou a outrepassé sa mission [7]; lorsque le jugement à rendre ayant été confié à plusieurs juges, il n'y a pas trois juges qui aient voté, ou au moins lorsque les juges n'étant qu'au nombre de trois, ils n'ont pas été tous présents lors de la formation du jugement [8]. Des jugements obtenus par corruption étaient aussi nuls, en vertu de rescrits impériaux, ainsi que nous l'apprend Dioclétien [9].

3° La nullité peut aussi avoir son fondement dans la qualité de l'une des parties; par exemple si c'était un *furiosus* [10], et dans tous les cas où une partie ayant dû plaider par représentant, elle ne l'a pas fait [11]. Il y a aussi nullité lorsque la sentence condamne une personne qui ne peut être condamnée, par exemple le *dominus* au lieu de son représentant [12], ou une partie qui était décédée au moment de la prononciation du jugement [13].

4° Enfin, est nulle la sentence qui viole ouvertement une loi, un sénatus-consulte ou une constitution. Il n'en est pas de même si elle contient l'application d'un véritable principe de droit à des questions de fait auxquelles il ne devrait pas s'appliquer. En un mot, il y a nullité chaque fois qu'une question de droit a été mal résolue; il faut qu'il y ait eu violation du

[7] L. 23, § 1, D. de app. (49, 1). — L. ult. D. de jurisd. (2, 1). L. 12, § 2, de jud. (5, 1). L. 4, C. de sentent. (7, 45). — Tit. C. si a non competente judice judicatum esse dicatur (7, 48). L. 2, C. Th. de re jud. (4, 16). Voyez le cas d'un esclave remplissant les fonctions de préteur, L. 3, D. de off. præt. (1, 14) : voyez un autre cas, L. 2, C. de sent.

[8] L. 39, D. de re jud. (42, 1). L. 4, C. h. t. (7, 64).

[9] L. 7, C. h. t.

[10] L. 9, D. de re jud.

[11] L. 6, C. quomodo et quando jud. (7, 43). L. 2, C. Greg. (10, 1

[12] L. 1, C. de sent. (7, 45).

[13] Conf. § 136, *supra*. L. 59, § 3, D. de re jud. L. 2 pr. § 1, D. h. t. — L. 74, § 2, D. de jud.

droit, mais peu importe qu'il y ait eu violation des intérêts de la partie condamnée [14].

En effet le droit est du ressort du magistrat, et son application de celui du juge. Or la formule ne peut contenir pour le juge une explication de principes juridiques. Le magistrat doit donc encore avoir le pouvoir, après la sentence rendue, d'examiner les principes qui ont été appliqués. Cela est vrai surtout si, en supposant que le litige n'eût pas présenté de questions de fait à examiner, le magistrat eût dû statuer lui-même, sans renvoyer devant un juge. Comme suite de la même idée, une sentence est nulle lorsqu'elle est contraire à une sentence antérieure qui a acquis force de chose jugée; il en est de même d'un décret [15]. Les empereurs de l'époque des jurisconsultes des Pandectes et les empereurs chrétiens déclarent même expressément que leurs rescrits ne peuvent avoir aucune efficacité contre la teneur d'une *res judicata* [16].

§ CLXVIII. — *Moyens rescisoires.*

Une sentence valable en soi pouvait cependant être attaquée à l'époque où il n'y avait pas encore d'appel, et même ensuite, par d'autres voies que celle de l'appel. Outre l'intervention d'un *veto* (§ 169), outre les exceptions accordées contre l'action *judicati*, et les répliques contre l'exception *judicati*, il y avait deux moyens de se pourvoir contre une sentence, lesquels sont déjà mentionnés par Cicéron, savoir : la *sententiæ revocatio in duplum* [1] et la restitution en entier [2]. Le premier de ces moyens

[14] L. 19, D. de app. (49, 1) : Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet. — Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel senatusconsulta, vel constitutionem fuerit prolata. L. 1, § 2, D. h. t. : — Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur. Nam, etc. L. 2, C. h. t. conf. avec L. 32, D. de re jud.

[15] L. 1, C. h. t. L. 1, C. sent. resc. non posse (7, 50). L. 9, C. de sent. (7, 45), L. 6, C. de exc. rei jud. (7, 53).

[16] L. 1, C. ut lite pend. (1, 21). L. 1, C. Th. de re jud. (4, 16), ou L. 3, C. sent. resc. n. p. (7, 50).

[1] Bynkershoek, Obs. VII, 10. — Hollweg, Vers. p. 263, note 15.

[2] Cic. pro Flacc. 21. Comme on soutenait « *recuperatores vi Flacci*

a-t-il dû rapport, et jusqu'à quel point, avec la peine du double (§ 179) qu'encourait celui qui niait l'existence d'un jugement [3]? C'est un point qui nous paraît aussi obscur que la nature même de la *sententiæ revocatio in duplum*.

D'après le peu de renseignements que nous avons au sujet de cette dernière, nous pouvons seulement dire qu'on ne pouvait pas y recourir, plus qu'à l'appel, pour détruire les effets de la *confessio in jure* [4], ou lorsqu'on avait été condamné par contumace [5]. En outre il n'y avait aucun délai fatal pour pouvoir l'invoquer : seulement Paul nous apprend que la *res olim judicata, post longum silentium...* IN DUPLUM REVOCARI *non potest*, et que par *longum tempus* on doit entendre le délai de la prescription de longtemps, c'est-à-dire dix ans entre présents, et vingt ans entre absents [6]. Ce moyen de se pourvoir ne pouvait consister que dans la révision du jugement, mais en courant la chance d'être condamné au double : cette révision par l'appel avait lieu sans que l'appelant courût ce danger. Si donc nous rencontrons encore la *revocatio in duplum* du temps de Paul, à l'époque où l'on pouvait recourir à l'appel, nous devons en conclure qu'elle n'avait été maintenue que parce qu'elle n'était soumise à aucun délai : lorsqu'on avait négligé l'appel, on prenait la voie de la *revocatio in duplum*. Il n'est plus question de cette dernière dans la compilation de Justinien.

coactos et metu, falsum invitos judicavisse, » le successeur de Flaccus, dans sa magistrature, décréta : « *ut si judicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.* »

[3] Hugo, Rg. p. 877, dit : « Outre l'appel, on pouvait encore prétendre qu'il n'y avait pas de jugement, et alors, si l'on était condamné de nouveau, on l'était au double. » S'il en est ainsi, nous devons nous demander, avec Bynkershoek, en quoi ce moyen de se pourvoir diffère de la dénégation qui donne lieu à l'action *judicati* ?

[4] Paul, V, 5 a, § 5. Voy. *supra*, § 126, note 5.

[5] Paul, ibid. § 7; voy. aussi un rescrit d'Alexandre, L. 1, C. Greg. 10, 1.

[6] Paul, l. c. § 8.

Quant à la restitution en entier, accordée dans le cas rapporté par Cicéron, *ob metum*, cela s'explique facilement en admettant que, du temps de la république, il était de principe dans l'édit du préteur que le magistrat se réservât l'examen des décisions rendues par les juges [7]. Le même principe n'existait plus du temps des empereurs, parce qu'alors il y avait l'appel, que l'on portait devant le magistrat [8]. Sous les empereurs encore, il est bien question d'une restitution *contra sententiam* (*rem judicatam*), mais c'est d'une restitution pour cause de minorité qu'il s'agit [9]. Pour les mineurs la restitution remplaçait même l'appel [10]. Les *majores* ne pouvaient plus que bien difficilement se faire restituer *contra sententiam*. Ainsi les empereurs décident dans des rescrits qu'on ne peut pas annuler une *res judicata* sous le prétexte qu'elle contient un faux calcul [11], que seulement on répare l'erreur tout en laissant subsister le jugement [12]. La découverte de nouveaux titres n'était même que fort rarement une cause de restitution [13]; il aurait fallu pour cela que la sentence eût été

[7] Cic. Verr. II, 13, cite un édit de Verrès, par lequel celui-ci « omnia judicia redegerat in suam potestatem. *Si qui perperam judicasset, se cogniturum; quum cognosset, animadversurum.* » C'est la menace que fait Verrès que semble seulement blâmer Cicéron. Dans l'ouvrage intitulé : « Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditæ, cum commentar. ed. Ed. Huschke, Vratisl. 1829, 8, » on lit : « Prætores urbani, qui legibus moderandis et *judicum sententiis corrigendis* in urbe præerant. » Huschke rattache ce passage à celui de Cicéron, l. c. p. 66-68; mais ce passage peut fort bien s'entendre de l'appel, porté devant le préteur, de la sentence du juge.

[8] Voy. *infra*, § 170. Huschke, l. c.

[9] C. si adversus rem judicatam restitutio postuletur (2, 27). — L. un. f. D. de off. præf. præt. (1, 11). L. 9, pr. L. 18, § 1, 5, D. de min. (4, 4). L. 2, C. si unus ex plurib. (7, 68), avec L. 8, C. de appell. (7, 62).

[10] L. 42, D. de min. (4, 4). L. 2, C. si un. ex plur.

[11] L. 2, C. de re jud. (7, 52), conf. L. un. C. de err. calc. (2, 5).

[12] L. 1, § 1, D. quæ sent. sine app. (49, 8). Paul, v, 5 a, § ult.

[13] L. 35, D. de re jud. (42, 1). L. 27 f. D. de exc. rei jud. (44, 2). L. 4, C. de re jud. (7, 52), conf. avec L. 2, C. si sæpius (2, 44).

fondée sur des titres faux, ou sur des dépositions de témoins corrompus [14], ou sur un faux serment déféré par le juge [15]; des rescrits impériaux s'étaient prononcés à ce sujet [16]. Au reste cette restitution, lorsqu'elle avait lieu, se faisait aussi contre un jugement rendu en dernière instance; un magistrat pouvait l'admettre contre ses propres décrets ou contre ceux de son prédécesseur, ou contre le décret d'un magistrat inférieur, à plus forte raison contre la sentence rendue par le juge qu'il avait nommé [17]. Il n'y avait que le prince qui pût restituer contre la sentence du prince, de son représentant, ou du juge nommé par lui [18]. On a déjà fait remarquer au § 5, *supra*, que les magistrats municipaux n'avaient pas le droit d'accorder la restitution. Justinien a tranché, par une décision affirmative, le doute qui existait sur la question de savoir si les juges délégués ou les juges pédanés pouvaient accorder la restitution [19].

Enfin Caracalla fait mention, comme d'une chose connue, de la *retractatio* d'un jugement rendu contre le fisc : elle ne pouvait être obtenue que pendant trois ans, à moins que celui qui y recourait après ce délai ne démontrât qu'il y avait eu prévarication ou fraude [20].

[14] L. 33, D. de re jud. (42, 1). C. si ex falsis instrum. vel testimon. jud. sit (7, 58). Paul, V, 5 a, § 10.

[15] L. 31, D. de jurej. (12, 2).

[16] Il va de soi que cette restitution se faisait avec les formes de la restitution prétorienne, quoique Heffter, Inst. p. 499, pense le contraire.

[17] L. 16, § ult. L. 17, L. 18, pr. de min. (4, 4). Le préfet du prétoire peut aussi annuler sa sentence, même depuis qu'on ne peut plus appeler de ce qu'il a décidé, L. 17, D. cit. (§ 172, note 12, *infra*); aussi la restitution contre ses décisions ne peut être accordée que par lui, L. un. § 2, D. de off. præt. (1, 11).

[18] L. 18, § 1-4, D. de min. L. 1, C. ubi et apud quem cogn. (2, 47). L. 3, C. si adv. rem jud. (2, 27).

[19] L. ult. C. ubi et apud quem (2, 47).

[20] L. un. C. de sent. adv. fisc. retractand. (10, 9).

§ CLXIX. — *De l'appel* [1]. — *Son origine* [2].

Comme, en vertu d'un ancien principe de droit politique, tout magistrat revêtu de l'*imperium* ou de la *potestas* pouvait opposer son *veto* à la décision émanée d'un magistrat égal ou inférieur, l'homme privé qui avait à se plaindre d'une décision rendue par un magistrat pouvait s'adresser à son égal ou à son supérieur (*eum appellare*) pour en faire paralyser les effets. En règle générale, c'était aux tribuns du peuple, qui avaient le droit d'intervenir partout avec leur *veto*, que l'on s'adressait dans les affaires judiciaires [3]. D'abord ils pouvaient empêcher ou paralyser la constitution d'un *judicium* [4], de telle sorte que, lorsque par exemple la formule contenait une expression qui n'aurait pas dû s'y trouver, en pouvait déjà recourir à leur autorité [5]. Mais, en outre, ils pouvaient arrêter

[1] D. de appellat. et relat. (49, 1). C. de appell. et consult. (7, 62). C. Th. de appell. et pœnis earum et consult. (11, 30).

[2] Fr. C. Conradi jus provocationum ex antiq. Rom. erutum, Lips. 1723, dans la collect. Diss. hist. antiq. Brem. 1785, p. 253 sqq. et dans les F. C. Conradi scripta min. ed. Pernice, vol. I, Hal. 1823, nº 1. — C. W. Küstner, historiæ provocationum et appellat. ap. veter. Rom. spec. I. Lips. 1740, 4. — Jos. Rubino de tribunitia potestate, qualis fuerit inde a Sullæ dictatura usque ad primum consulatum Pompeii; Cassel. 1825, 8, p. 26-30, conf. avec Ed. Huschke, Tübing. krit. Zeits. t. 3, cah. 2, p. 222, et ad Cic. pro Tullio, dans les Analecta litter. p. 155 sq.

[3] Cic. pro Quinct. 7, in Vatin. 14, Gell. XIII, 12, IV, 14, VII, 19. Val. Max. VI, 1, VI, § 7, VI, 5, § 4, et les notes suivantes.

[4] Cic. acad. quæst. II, 30, pro Quint, c. 20. Ascon. ad orat. in toga condid. Huschke se trompe lorsqu'il n'admet l'*intercessio* qu'avant la *litiscontestatio*; car la note suivante nous offre un exemple de rescision d'une formule déjà rédigée. Il est vrai que la rescision avait pour effet seulement d'empêcher la continuation de la procédure commencée en vertu d'une formule mal rédigée; mais il est bien évident qu'avant que la formule puisse être rescindée, il faut qu'elle ait été rédigée. La sentence prononcée par un juge ne pouvait pas être cassée par les tribuns, comme l'a déjà fort bien fait remarquer Kustner, Diss. cit. p. 22 sq.; mais, lorsque le magistrat voulait faire exécuter cette sentence, les tribuns pouvaient en arrêter l'exécution.

[5] Cic. pro Tull. c. 38 : « Quid attinuit, te tam multis verbis a prætore postulare, ut adderet in judicium *injuria*, et quia non impetrasses,

la marche du *judicium* [6], ou empêcher l'exécution de la sentence [7]. Dans les provinces on pouvait bien réclamer l'intervention des gouverneurs contre les *minora judicia* [8]; mais il n'y avait pas moyen d'empêcher par une intervention l'exécution d'une décision rendue par ceux-ci, puisque le gouverneur n'avait pas de collègue, comme le préteur de Rome, puisque, d'un autre côté, il n'y avait ni tribuns ni magistrat supérieur aux gouverneurs [9]. D'un autre côté, comme l'on ne pouvait, par cette voie, que paralyser l'effet d'une décision, comme la décision paralysée n'était pas remplacée par une autre, il en résulte qu'elle était ouverte au défendeur condamné, mais non au demandeur qui avait échoué dans sa prétention [10].

Au reste le *veto* n'était pas facilement accordé. Lorsqu'il était réclamé, les tribuns auxquels on s'était adressé réunissaient leurs collègues [11]; ils écoutaient les parties dans leurs moyens [12]. L'examen de la difficulté était souvent fort long; les avocats pouvaient aussi jouer, dans cette circonstance, un rôle fort important [13]; puis enfin intervenait leur décret rendu en commun, comme résolution d'un collége [14], avec les noms

Tribunos Plebis appellare et hic in judicio queri Prætoris iniquitatem, quod de injuria non addidisset? etc. »

[6] C. pro Cluent. c. 27.

[7] Liv. VI, 27 sub fine, XXXVIII, 60. Gell. VII, 19. Val. Max. IV, 1, § 8.

[8] Cic. Verr. IV, 65.

[9] Conf. Cic. Verr. II, 12 : « Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniæ positæ sint in eorum potestate, qui judicia dant, et eorum qui judicant; » et ibid. Ascon. : » In provincia scilicet, nam Romæ appellari tribuni possunt contra omnem potestatem. »

[10] Dans Val. Max. VI, 5, § 4, c'était contre l'abus de la puissance des tribuns qu'il y avait *intercessio*.

[11] Liv. XXXVIII, 60 : « Tribuni cum in consilium secessissent. » Gell. VII, 19 : « Octo tribuni cognita causa decreverunt. » Liv. XLII, 31 : « Tribuni cognituros re, de quo appellati essent, aiebant. »

[12] Gell. XIII, 12 : « — Quum a muliere quadam tribuni plebis adversus eum (Labeonem) aditi, Gellianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responderet. » — Liv. XXXVIII, 58 sq.

[13] Cic. Verr. II, 41. Liv. XLII, 33.

[14] Il est souvent question, à ce sujet, d'un *collegium tribunorum*, et

de ceux qui avaient voté [15]. Il ne faut pas toutefois conclure de là que le *veto* ne pouvait être interposé qu'en vertu de cette résolution en commun prise à la majorité des voix ; leur délibération servait à éclairer chacun d'entre eux, et chacun conservait le *jus intercedendi* à part lui [16]. L'intervention des tribuns pouvait être fondée non-seulement sur une violation matérielle des principes, mais encore sur une inobservation des formalités de la procédure; aussi les décrets des tribuns devinrent-ils une importante source de droit [17].

Il en était ainsi du temps de la république; mais tout cela fut changé sous les empereurs. Ceux-ci en effet réunissaient dans leurs pouvoirs la *tribunitia potestas ;* et quoique l'on rencontre encore sous eux, de temps à autre, d'autres tribuns et des *intercessiones* [18], il est certain que les empereurs ne puisaient pas dans la puissance tribunitienne dont ils avaient été

d'un appel à lui adressé, Gell. VII, 19 : « Scipio Africanus fratris nomine *ad collegium tribunorum* provocabat, » ou dans Liv. VII, 58 : « P. Scipio Nasica *tribunos* appellavit. » — Val. Max. VI, 1, § 7 : « — tribunitium auxilium implorante, *totum collegium tribunorum* negavit, se intercedere, etc. » Val. Max. VI, 5, § 4. Suet. Cæs. c. 32 : « appellato demum collegio. » Cic. Verr. l. c. Gell. IV, 14 : « ad tribunos plebis provocavit, » et note 11.

[15] Liv. XXXVIII, 60 : « C. Fannius ex sua collegarumque, præter Gracchum, sententia pronuntiavit. » Conf. avec c. 52 : « — cum vetuisset (Gracchus) nomen suum decreto collegarum abscribi. » Cic. Verr. l. c. : « idque de omnium sententia pronuntiatum esse. » Voy. aussi Asconius, ad Cic. pro Mil. c. 14. — Gell. IV, 14 : « Decretum tribunorum visum est gravitatis antiquæ plenum. » Liv. XXXVIII, 52 sqq. Gell. VII, 19. Voy. *supra*, note 11, et ces autres paroles d'Aulu-Gelle, « ejus decreti verba, quæ posui, ex annalium monumentis exscripta sunt. »

[16] Voy. l'intervention du seul tribun Tiberius Gracchus contre le décret de ses huit collègues, dans Aulu-Gelle, VII, 19, Liv. XXXVIII, 60. Cic. de prov. cons. c. 8. Or cette *intercessio* d'un seul était aussi un décret : « Ita demum ex tabula recitavit. Ejus decreti verba hæc sunt, etc., » dit Aulu-Gelle ; et, dans Tite-Live, on lit : « Ti. Gracchus, ita decrevit, etc. »

[17] L. 2, § 34, D. de orig. jur. (1, 2). Auct. ad Her. II, 13. D'après Aulu-Gelle, XIII, 12, ce ne fut pas dès l'origine, mais plus tard, que les tribuns furent « juri dicundo creati. » Conf. Rubino, l. c. p. 28 sq.

[18] Conradi, c. 3, § 35.

investis avec les autres pouvoirs, leur droit de juger en dernier ressort; car ils ne se contentaient pas de casser les jugements, ils les réformaient, par conséquent ils substituaient leur décision à la décision réformée. Cette réformation avait eu lieu de tous temps dans les affaires criminelles [19]; ici, sur la *provocatio ad populum*, la condamnation pouvait être changée. Ce fut Auguste qui transporta dans les affaires civiles les conséquences de l'appel en matière criminelle, en créant, pour juger des appels en matière civile, un *præfectus urbi* à Rome, et des *consulares* dans les provinces : il permit en même temps d'appeler de ces derniers à lui-même [20]. *Appellare aliquem* devint dès lors entièrement synonyme de *provocare* [21], et c'est dans ce nouveau sens que l'appel peut être considéré comme une institution d'Auguste. Il est probable que cette innovation fut opérée par la loi *Julia judiciaria ;* et sous l'influence des jurisconsultes classiques et des rescrits impériaux, la doctrine sur l'appel prit les développements dont nous allons nous occuper dans les paragraphes suivants.

De l'appel du temps des jurisconsultes des Pandectes jusqu'à Dioclétien.

§ CLXX. — 1° *Des magistrats compétents et des causes susceptibles d'appel* [1].

L'*appellatio* ou la *provocatio*, considérée comme moyen de se pourvoir contre une sentence inique, distinct de la restitu-

[19] Cic. de rep. II, 31. Senec. ep. 108.

[20] Suet. Octav. 33, fin. Dio Cass. LII, 21 et 33, avec Suet. Calig. c. 16. Nero, C. 17. Tac. A. XIV, 28. L. 38 pr. D. de min. (4, 4). L. 1, § 3, de app. (49, 1). Suétone, Vie de Caligula, dit que Caligula accorda aux magistrats « liberam jurisdictionem et sine *sui* appellatione ; » mais, en supposant que cette concession s'applique aux affaires civiles, ce ne put être que passager.

[21] *Provocare*, dans le sens de l'ancien *appellare*, se trouve dans Aulu-Gelle, voy. note 14, *supra*; mais il est difficile d'admettre que ce mot se rencontre du temps de la république.

[1] Voy. *supra*, § 169, note 1, D. a quibus appellari non licet (49, 2). Quis a quo appelletur (49, 3). De appellationibus recipiendis vel non (49, 5).—Conradi, cap. 4.

tion fondée sur des motifs particuliers [2], était portée à un juge supérieur à celui dont émanait cette sentence. Ce juge supérieur fut d'abord le préfet de la ville, pour Rome, et les *consulares*, pour les provinces (v. § 169, *supra*) : plus tard, du moins du temps de l'empereur Tacite, l'appel d'un jugement rendu dans les provinces pouvait être porté au préfet de la ville [3]. Depuis les Sévère on connaissait des matières civiles aussi dans l'auditoire du préfet du prétoire (§ 3, *in fin.* § 7, *in fin. supra*); mais il n'est pas facile de démontrer qu'on y connaissait des appels avant l'époque de Constantin, quoique cependant ce soit vraisemblable. Il est à plus forte raison moins facile encore de déterminer dans quels cas on s'adressait, pour les appels, au préfet de la ville, dans quels cas au préfet du prétoire, ou de dire d'une manière positive que l'on ait eu le droit de choisir entre l'un ou l'autre. L'appel des jugements rendus par les magistrats municipaux était naturellement porté aux magistrats placés immédiatement au-dessus d'eux, par conséquent tantôt aux *juridici*, tantôt au préteur urbain (§ 4, *in fin.* § 5, *in fin. supra*). On interjetait appel de la sentence rendue par un juge nommé par un préfet, au préfet qui l'avait nommé [4], et de même, dans les provinces, de la sentence rendue par un *datus judex* au président dont il avait reçu sa mission [5]; il en dut être ainsi de tous les autres magistrats du peuple romain; mais cela ne devint une règle générale que vers l'époque des jurisconsultes des Pandectes; elle ne fut même proclamée expressément que par Modestin [6], tant une telle idée semblait peu s'accorder avec les rapports qui existaient autrefois entre les magistrats et les juges nommés par eux [7].

[2] L. 17, D. de min. (4, 4). L. 1, pr. D. de app. (49, 1).

[3] Vopisc. Florian. c. 5, 6. Voy. des exemples d'appel au préfet de la ville : L. 38, D. de min. L. 1, § 3, de appell.

[4] L. 1 pr. D. quis a quo app. avec L. 1, § 3, de app.

[5] L. 21, § 1, de app.

[6] L. 3, D. quis a quo, conf. avec L. 1, § 3, cit. et L. 2, D. a quib. app. non lic.

[7] Conradi, c. 3, § 49, fait cette remarque : « Res ipsa clara et extra

L'empereur [8] était le juge suprême; à lui appartenait le dernier ressort [9]; à cette époque, on pouvait même s'adresser à lui pour la réformation des décisions rendues par le préfet du prétoire (v. § 172, note 12, *infra*). Lorsque, par erreur, on avait franchi un degré dans la hiérarchie des magistrats, que l'on avait interjeté appel de la sentence d'un magistrat inférieur à un autre magistrat de deux degrés plus élevé, peu importait; l'appel n'était pas moins bien interjeté, conformément à plusieurs rescrits impériaux, puisqu'en définitive on s'était adressé à un magistrat vraiment supérieur : mais l'appel était nul s'il était interjeté devant un magistrat inférieur à celui qui avait rendu le jugement [10]. Le même ordre était suivi pour l'appel ultérieur d'un rejet d'appel [11].

Au reste, d'après ce qui précède, on doit sentir que les divers ressorts que l'on pouvait parcourir ne s'arrêtaient qu'à l'empereur, et que plus le magistrat qui avait rendu la première décision était élevé dans la hiérarchie, moins il y avait d'appels possibles. On ne pouvait donc jamais interjeter appel de la décision rendue par l'empereur [12]; ce qui ne veut pas dire cependant que quand on avait le droit d'appeler d'un jugement, ce droit se trouvait anéanti par cela seul qu'on avait obtenu de l'empereur un rescrit à titre de consultation [13]. L'appel n'est pas non plus recevable contre un juge-

omnem dubitationem positam, exemplis non æque confirmari potest. » Il est évident qu'il n'en était pas encore ainsi du temps de la république. Quant à l'opinion de Huschke, que cette règle prend sa source dans la loi *Julia judiciaria* (§ 168, notes 7 et 8, *supra*), elle est vraie dans ce sens que l'appel d'une sentence rendue par un juge nommé par le préfet était porté à ce préfet.

[8] L. 1, § 1, D. a quib. app. non lic. — L. 38, D. de min. — « Victam apud prætorem, quam apud præf. urbi, provocaverat; » c'est-à-dire, à l'empereur.

[9] Les appels au Sénat, dont il est question dans Tac. A. XIV, 28, et dans Suétone, Nero, c. 17, ne concernent pas les *privatæ causæ*.

[10] L. 1, § 3, L. 21, § 1, D. de app.

[11] L. 5, § 1, § 3, 4, 5, D. de app. rec. vel non.

[12] L. 1, § 1, quis a quo app.

[13] L. 1, § 1, de app. L. ult. D. quando app. (49, 4).

ment rendu par un juge nommé par l'empereur, avec déclaration qu'on ne pourrait pas en appeler, ce que faisait souvent Marc-Aurèle [14], ou par un juge duquel les parties s'étaient interdit la faculté d'appeler [15].

La question de savoir si l'on pouvait appeler d'une décision rendue par les centumvirs est très-controversée [16]. Il est très-certain qu'on ne le pouvait du temps de la république. La notice qui nous apprend que Domitien rescinda « *in foro pro tribunali extra ordinem ambitiosas centumvirorum sententias* [17], » paraît ne devoir s'appliquer qu'aux *venales sententiæ*, et ne s'entendre que d'une déclaration de nullité. Mais, si l'empereur pouvait déclarer nulles de telles sentences, il est évident qu'il pouvait aussi connaître des appels de leurs décisions; car il n'est pas possible de supposer qu'il ne se soit pas attribué aussi le droit de connaître de ces appels : en effet il n'y avait pas d'autre magistrat pour en connaître; or il est certain que les jugements rendus sur la querelle d'inofficiosité, par conséquent rendus par les centumvirs, étaient susceptibles d'appel [18].

On pouvait interjeter appel des jugements interlocutoires comme des jugements définitifs [19]; mais on ne pouvait se pourvoir par appel contre l'exécuteur d'une sentence [20], ou contre une décision préparatoire qui ne souffrait pas de délai, qui ordonnait, par exemple, une ouverture de testament, d'après un rescrit d'Adrien, ou l'envoi en possession d'un héritier institué [21]. Ce sont, sans doute, ces cas et d'autres dans lesquels les appelants voudraient faire infirmer des décisions qui

[14] L. 1, § 4, D. quis a quo app.

[15] L. 1, § 3, eod.

[16] Siccáma, de jud. centumv. 1, 6 fin, Conradi, l. c. c. 3, § 51. Zepernik, ad Siccam.l. c. p. 51 et suiv.

[17] Suétone, Domit. c. 8.

[18] L. 17, pr. L. 27, § 3, D. de inoff. test. (5, 2).

[19] L. 20, de app. recip. avec L. 1, § 2, de app.

[20] Paul, v, 35, § 2. L. 4, pr. de app. L. 7, § 2, de app. rec.

[21] L. 7, pr. § 1, D. de app. rec.

leur refusent avec raison des délais [22], dont on a dit : « *moratoriæ appellationes, quas recipi non placuit* [23]. » Les *confessi* et les contumaces ne pouvaient pas non plus interjeter appel (v. § 168, note 4; § 136, note 16).

Au reste l'appel était recevable aussi bien quant aux questions accessoires que quant aux questions principales [24]. D'ailleurs peu importait le taux de la condamnation [25], excepté lorsqu'il s'agissait de porter l'appel à l'empereur [26].

§ CLXXI. — 2° *De la procédure d'appel* [1].

Voici quelles étaient les formalités d'appel :

1° On pouvait déclarer appel au moment même où la sentence était prononcée, et de vive voix [2] : si on ne le faisait point ainsi, on devait manifester son intention à ce sujet par écrit (*libellus* ou *litteræ appellatoriæ*) au juge qui avait prononcé la sentence, et ce dans les trois jours, si l'on avait plaidé pour soi, et dans les deux jours, si l'on avait plaidé pour autrui [3]. D'après une *oratio* de Marc-Aurèle, ces jours n'étaient comptés qu'*utiliter*, si le juge duquel on appelait, ou si le juge auquel devait être porté l'appel, n'était pas officiellement accessible [4]. Les *libelli* devaient indiquer le juge dont était appel, le nom de l'appelant et celui de l'intimé, et désigner la sentence

[22] L. 4, D. eod.

[23] Paul, l. c. et ibid. Cujas.

[24] L. 13, C. de usur. (4, 32) : « .... nec provocatio secuta est. » Voy. Linde, arch. f. civ. Prax. t. 9, p. 231. Du moins il en fut ainsi plus tard, voy. § 173, note 21, *infra*; dans la suite cependant on restreignit plutôt les cas d'appel qu'on ne les augmenta.

[25] L. 20, C. de app. (7, 62).

[26] L. 10, § 1, D. de app. (49, 1).

[1] Paul, V, 32-37, D. quando appellandum sit, et intra quæ tempora (49, 4). De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur (49, 6). Voy. aussi § 174, note 1, *infra*.

[2] L. 2, D. de app. L. 5, § 5, eod.

[3] L. 5, § 5. L. 7, D. de app. L. 1, § 5, 6, 11, 12, 13, D. quando app.

[4] L. 1, § 7-10, L. 2 pr. § 1, D. quando app. L. 6, § 5, C. de app. (7, 62).

attaquée : toutefois l'omission de l'une de ces formalités n'entraînait que difficilement nullité [5].

2° Après la déclaration d'appel, l'appelant devait dans les cinq jours, sous peine de déchéance, solliciter du juge auquel il avait fait sa déclaration une attestation de cet appel adressée au juge supérieur, ainsi rédigée : « Un tel a fait appel de la sentence rendue entre lui et un tel. » Cette attestation (*littera*) s'appelait *libelli dimissorii* ou *apostoli* [6]. Celui toutefois qui prouvait avoir fait des instances sans résultat pendant ce délai, pour obtenir cette attestation, n'encourait pas la déchéance [7]. Lorsqu'il l'avait obtenue, l'appelant devait, dans un nouveau délai de cinq jours [8], donner caution par consignation ou fidéjusseur ; dans ce dernier cas, il devait être promis, pour le cas où l'appelant succomberait, de payer, à titre d'amende, une somme déterminée, qui était ordinairement le tiers de la valeur de l'objet litigieux [9]. Tout ce que nous savons sur l'origine de cette peine, c'est que jusqu'à Néron on pouvait porter un appel même au sénat *sine pœna*, et que Néron voulut qu'elle fût garantie même pour les appels au sénat [10]. C'est donc probablement plus tard qu'elle fut généralisée. Si l'appelant n'était pas domicilié dans le lieu où il avait déclaré son appel, le délai qui lui était donné pour sa caution était augmenté en raison de la distance de son domicile [11].

Au reste Dioclétien et Maximien supprimèrent cette obligation de fournir caution, et imposèrent au juge, duquel on appelait, le devoir d'accorder sans délai l'attestation de la déclaration d'appel [12]. De là la conséquence que les deux délais de

[5] L. 1, § ult. avec L. 3, et L. 13, D. de app.

[6] L. un. pr. § 1, D. de lib. dimiss. Paul, v, 35, L. 9, med. D. de jure fisci (49, 14).

[7] L. un. § 2, de lib. dim.

[8] Brisson. sel. antiquitat. II, 18, ed. Trekell, p. 83 sq.

[9] Paul, v, 33, § 1-8. L. 6, § 6, C. de app. Par là s'explique la L. 8, § 8 f. D. mand. (17, 1).

[10] Tacit. A. XIV, 28.

[11] Paul, v, 33, § 1.

[12] L. 6, § 5, C. de app.

cinq jours disparurent; aussi n'en est-il plus fait mention par Justinien.

3° Arrivé devant le juge d'appel, l'appelant devait exposer les causes ou la cause (une seule suffisait [13]) de son appel, *causas appellationis reddere*, *agere*, *dicere;* ce qui suppose qu'il y avait là encore des débats oraux, d'autant plus qu'il est question de *responsio* de la part de l'intimé [14]. On pouvait, devant ce juge supérieur, changer ses griefs contre le jugement attaqué [15]; mais on devait surtout, et même avant tout, lui remettre les *apostoli* [16]. On ne voit pas encore jusqu'ici dans quel délai l'appelant, qui s'était mis en règle avec le juge contre le jugement duquel il voulait se pourvoir, devait saisir le juge d'appel.

Si le juge, qui avait rendu le jugement contre lequel on voulait appeler, refusait de donner une attestation de l'appel (*appellatione non recepta*), on pouvait porter l'appel immédiatement au juge supérieur, pourvu que ce fût dans un certain délai, et qu'on l'avertit de ce refus [17]. Des constitutions impériales obligèrent bientôt le juge qui refuserait d'admettre la déclaration d'appel, de donner avis lui-même de son refus, avec ses motifs, au juge supérieur, et de remettre une copie de cet avis aux parties. Si une partie était empêchée violemment par le juge d'interjeter appel, elle pouvait publier les *libelli* que ce juge avait refusé d'admettre, conformément à la décision des empereurs : toutefois une crainte non fondée ne suffisait pas, d'autant plus qu'en règle générale on pouvait s'adresser directement au juge supérieur [18].

[13] L. 13, § 1, D. de app.

[14] Rubr. Paul, v, 35, D. an per alium causæ appellationum reddi possunt (49, 9). L. 1, pr. § 1, D. si pendente app. mors (49, 13). — L. 41, D. fam. ercisc. (10, 2).

[15] L. 3, § ult. D. de app.

[16] Arg. L. 3, § 3, avec § 2, L. 13, § 1, avec pr. D. de app. et L. 7, cod.

[17] L. 5 pr. § 1, — § ult. D. de app. rec. (49, 5). On ne sait pas si ces *constituta tempora* (L. 5, § 5. cit.) sont ceux au sujet desquels la L. 67, C. Th. de app. (11, 31), ou la L. 31, C. de app. (7, 62), se réfère au *jus antiquum*.

[18] L. 7, 25, D. de app. — L. ult. pr. L. quod met. causa (4, 2). Dans

Lorsque le juge supérieur rejetait l'appel, il le faisait par une décision orale, en disant « *injustam esse appellationem;* » quand il l'admettait, il disait « *justam esse appellationem* ou *provocationem* [19]. » Puis, dans ce dernier cas, il prononçait un nouveau jugement.

4° La déclaration d'appel avait pour effet de suspendre l'exécution d'un jugement; peu importait que le juge eût voulu ou non admettre cette déclaration [20]. Toutefois lorsque l'appelant, possesseur de l'objet litigieux, avait été condamné à le restituer, s'il y avait danger pour les fruits, on les séquestrait, conformément à des rescrits impériaux [21]. Si l'appel était rejeté, et par conséquent si le jugement était confirmé, ce jugement produisait tous ses effets, à partir du jour où il avait été prononcé, comme s'il n'avait pas été frappé d'appel [22]. L'appelant qui succombait devait payer au quadruple les frais occasionnés par son appel [23]. Ce ne fut que plus tard que cela fut supprimé : Dioclétien et Maximien accordèrent au juge le droit de punir, en général, celui qui témérairement avait interjeté appel [24].

5° On pouvait, sans aucun doute, faire valoir en appel des moyens nouveaux : on ne songeait pas alors à entraver la défense des parties. Dioclétien et Maximien ne trouvaient aucun inconvénient à cela; car enfin le principal était d'arriver à rendre la justice [25].

6° Lorsqu'une partie interjetait appel d'un jugement rendu par un juge qui était saisi, par la même partie, d'un autre procès, il n'y avait pas de raison pour que ce second procès

la L. 1, C. de app. Dioclétien dit : « Ibi justi timoris cessat præsumptio, ubi Principis est copia. »

[19] L. 6, D. de his qui not. (3, 2). L. 39, pr. D. de min. (4, 4). L. 20, L. 57 f. D. de adm. tut. (26, 7). L. ult. D. de re jud. (42, 1), ou L. 24, pr. D. de app. L. 2, pr. D. quando app. Paul, v, 37. L. 6, C. de app., etc.

[20] D. nihil innovari appellatione interposita (49, 7). L. 3, C. de app.

[21] Paul, v, 36. L. 4, § 3, D. de app. Symm. x, ep. 45.

[22] L. 6, § 1, D. de his qui not. (3, 2).

[23] Paul, v, 37.

[24] L. 6, § 4, C. de app.

[25] L. 6, § 1, C. cit.

ne fût pas continué devant le même juge; car son second jugement pouvait encore être attaqué par l'appel [26] : si l'appelant insultait le juge en lui déclarant son appel, il était puni d'office [27].

De l'appel depuis Dioclétien et Constantin.

§ CLXXII. — 1° *Des magistrats compétents.*

D'après ce que nous avons exposé aux §§ 20 et suiv., sur les rapports des magistrats entre eux à cette époque, il est facile de comprendre, d'une manière générale, à quels magistrats on s'adressait pour l'appel, surtout quand il s'agissait des *inferiores judices*. Quant aux magistrats supérieurs, à Rome on appelait du préteur au préfet de la ville [1]; à Constantinople il en était de même depuis qu'on y eut établi également un préfet (conf. § 20, note 8, *supra*). On appelait des gouverneurs des provinces au préfet de la ville ou au préfet du prétoire. Constance ôta au préfet de la ville l'appel des provinces de l'Italie, pour l'attribuer au préfet du prétoire d'Italie [2]; toutefois il réserva au préfet de la ville [3] les *urbicariæ regiones* [4], et dans la suite on lui rendit l'appel de quelques provinces d'Italie [5]. Valentinien III attribua aussi aux préfets de la ville de Rome les appels des provinces africaines soumises encore à la domination romaine [6]. Dans les derniers temps, ceux qui ont précédé le

[26] D. apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum (49, 12).

[27] Paul, v, 35, § 3. L. 42, D. de injur. (47, 10). L. 8, D. de app.

[1] L. 17, C. de app. (7, 62), avec L. 13, C. Th. de app. (11, 30).

[2] L. 27, C. Th. eod. (357), où, après l'énumération de plusieurs provinces d'Italie, il est ajouté : *et cæteris*.

[3] L. 13, C. Th. de accus. (9, 1). J. Gothofr. ad L. 27, cit. t. IV, p. 259.

[4] Cette expression se rencontre vers cette époque (359) pour la première fois, L. 9, C. Th. de extraord. munerib. (11, 16). Voy. aussi L. 1, C. Th. de calcis coet. (14, 6).

[5] Cassiod. Varr. VI, 4. Symm. ep. II, 30; X, 51; II, 44.—J. Goth. l. c.

[6] Nov. Th. 23, ou Nov. Valent. lib. 2, t. 19. Car il n'y avait plus de capitale ni de proconsul d'Afrique, Lœhr, Uebers, 2, p. 53, note 3.

règne de Justinien et sous cet empereur, ces dispositions disparurent d'elles-mêmes avec la séparation de l'empire d'Occident. En outre, l'empereur Constant ordonna qu'on appelât au préfet de la ville de Constantinople d'un certain nombre de provinces déterminées [7]; à quoi il a été dérogé, puisque Valentinien, Théodose et Arcadius voulurent que deux des provinces déterminées par Constant appelassent au préfet de la ville de Constantinople, ce qui suppose qu'il n'en était pas ainsi depuis quelque temps. Ils décrétèrent la même chose pour la Paphlagonie, qui ne figurait pas auparavant dans le nombre des provinces désignées [8]. Il en fut ainsi encore sous Justinien [9]. Du préfet de la ville, de même que de tous ceux qui jugeaient *vice sacra* (§ 20, *supra*), l'appel était porté à l'empereur [10], qui continuait toujours à juger en dernier ressort [11]; mais jugeaient aussi en dernier ressort les préfets du prétoire depuis une constitution de Constantin [12], quoiqu'il y eût un autre

[7] L. 1, Tit. nov. C. Th. de off. præf. urb. (1, 6) de l'année 361, ou L. 23, C. de app. (sans date).

[8] L. 10, C. Th. de off. præf. urb.

[9] La Paphlagonie a été ajoutée à la L. 1, C. Th. cit. comme L. 23, C. cit., et cette addition a été tirée de la L. 10, C. Th. cit. conf. Wenck, p. 39, note 9.

[10] L. 16, C. Th. de app. ou L. 19, C. de app.

[11] L. 11, 23, 30, C. Th. de app. ou L. 2, C. de his qui per met. (7, 67). — L. 2, C. Th. de his qui per met. (11, 34). Par exception il avait été décidé qu'on ne pourrait plus appeler des sénateurs au préfet de la ville; mais ce privilége accordé au sénat lui fut retiré par la L. 23, cit., voy. J. Goth. ad L. 23, cit.

[12] L. 16, C. Th. de app. ou L. 19, C. de app. Aurélien, dans la L. un. § 1, D. de off. præf. præt. (1, 11), Hermogénien, dans la L. 17, D. de min. (4, 4). Conf. L. 30, L. 32, § 5, C. de app. L. 8, C. de episc. aud. (1, 4). Nov. Th. 6, lib. 1, tit. 13, ou L. un. C. de sent. præf. præt. (7, 42). Cassiod. Var. V, 3. Inc. auctoris magistratuum, etc. exp. fol. 42 b, l. 7, 8, ed. Huschke (§ 108, note 7, *supra*). Lydus, de magistr. III, 42, et ibid. Huschke, l. c. p. 120 sq. — J. Goth. ad L. 11, C. Th. de app. t. IV, p. 244 b, soutient, à la vérité, qu'on ne pouvait pas appeler du préfet de la ville; mais l'argument qu'il tire de la L. 20, C. Th. quor. app. non rec. (11, 36), et de la L. 2, C. Th. de pact., n'a aucune portée, pas plus que ce que l'on voudrait conclure de ce que Symm. ep. X, 55,

moyen de se pourvoir contre leurs décisions (§ 177). Or on portait au préfet du prétoire, en règle générale, l'appel des décisions rendues par tous les magistrats placés immédiatement sous lui, toutes les fois qu'il n'était pas porté au préfet de la ville ou à l'empereur [13]. Du *Rationalis* de Rome, dans les cas rares où il avait jugé entre parties privées, l'appel était interjeté, d'après une constitution de Constantin, au préfet de la ville ; dans les affaires fiscales, encore à cette époque, il était porté à l'empereur [14], plus tard il le fut aux *comites* (*Sacrarum Largitionum et Rei Privatæ*) [15]. Valentinien II modifia cela, en décidant qu'on appellerait du *Rationalis* au proconsul d'abord, et ensuite à l'empereur [16]. Valentinien III admit la même décision [17]. D'après une autre constitution de Théodose II, l'appel devait être porté du *Rationalis* au préfet de la ville, mais seulement lorsque l'objet du litige était de 200 livres d'argent au moins, et dans les autres cas, au *comes rei privatæ* [18]. Dans la compilation de Justinien il n'est plus question, pour cet appel, que du *comes rei privatæ*, qui pouvait, dans ce but, déléguer un gouverneur de province [19].

Théodose et Valentinien restreignirent un peu les cas d'appel à l'empereur [20] ; Justinien vint ensuite apporter encore des modifications sur ce point sous le rapport de la valeur de l'objet litigieux [21]. Encore à cette époque le nombre des instances n'avait pas d'autres limites que celles des degrés des magistrats

dit qu'une telle *provocatio* était *inusitata*. D'ailleurs Godefroy admet lui-même, d'après la L. 12, § 7, C. de ædif. priv. (8, 10), que, sous Zénon, on pouvait appeler du préfet de la ville.

[13] L. 16, C. Th. ou L. 19, C. cit. conf. J. Goth. ibid.

[14] L. 18, C. Th. de app.

[15] L. 28, 39, 41, 45 (ou L. 26, C. de app.). L. 46, C. Th. eod.

[16] L. 41, C. Th. cit.

[17] L. ult. C. Th. eod.

[18] L. 49, C. Th. eod.

[19] L. 26, C. cit.

[20] L. 32, C. de app. Voy. Lœhr Uebers. 2, p. 53.

[21] L. 37, 38, C. eod.

supérieurs à parcourir; mais l'on ne pouvait plus franchir un degré : ce fut Justinien qui défendit plus de trois appels [22].

§ CLXXIII. — 2° *Des causes susceptibles d'appel* [1].

Les appels qui autrefois étaient inadmissibles continuèrent à l'être [2]; car on restreignit plutôt qu'on n'étendit la sphère des affaires susceptibles d'appel. D'un autre côté, toutefois, on chercha à réprimer l'arbitraire des juges qui suscitaient souvent des difficultés aux appelants [3]. Ceux-ci, en effet, tourmentés réellement, ou prétextant qu'ils l'étaient, par les déclarations d'appel des parties qu'ils avaient jugées [4], quelquefois même sous l'influence de la honte qu'ils avaient de leur injustice [5], cherchaient à entraver les appels, ou à les remettre indéfiniment pour en référer à l'empereur [6], ou à intimider les parties [7] en les abreuvant d'injures, et en les soumettant aux mauvais traitements et à la prison [8]. Ces vexations n'étaient pas nouvelles; elles avaient déjà été exercées à une époque antérieure, et avaient éveillé la sollicitude des empereurs [9]. Les empereurs chrétiens, à partir de Constantin, tentèrent aussi

[22] L. un. init. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare (7, 70). Cette loi a donné lieu à la nouvelle théorie d'après laquelle, après trois jugements conformes, on ne peut plus appeler.

[1] C. Th. quorum appellationes non recipiantur (11, 36). C. quor. app. non recipiuntur (7, 65).

[2] Voyez les passages cités au § 170, *supra*, qui sont passés dans la compilation de Justinien.

[3] V. la L. 2, C. Th. de app. (11, 30).

[4] L. 2 (L. 21, C.), 11 (L. 16, C.), 13, 15, 20, 22, 25 (L. 21, C.), 33, 51, 58 (L. 30, C.), 59, C. Th. de app. L. 2, C. Th. de relat. (11, 29), ou L. 1, C. eod. (7, 61).

[5] — « prava conscientia, » — L. 31, C. Th. de app.

[6] L. 2, C. Th. ou L. 1, C. de relat. L. 13, C. Th. de app. L. nova, 4 (dans Wenck), C. Th. de off. pr. præt. (1, 5).

[7] Tit. de his qui per metum judicis non appellaverunt, C. Th. 11, 34, C. 11, 67.

[8] L. 2 (L. 1, C.), 4, 15, 22, 58, C. Th. (L. 30, C.) de app.

[9] L. 25, D. de app. (49, 1).

par des peines d'ôter aux juges la pensée d'empêcher les appels [10]. On s'occupa aussi de la restriction des cas d'appel : ainsi Constantin défendit d'admettre les appels interjetés dans le seul but de prolonger les procès [11], spécialement ceux qui étaient interjetés contre des jugements interlocutoires [12], *ab articulis præjudiciisque* [13]. Ces dispositions furent depuis souvent rappelées dans plusieurs constitutions adressées à divers magistrats, dans lesquelles on menaça de peines les appelants, suivant les cas, et les juges qui admettaient mal à propos des appels semblables. Ceux-ci s'exposaient même à faire *litem suam* [14]. Les mêmes peines étaient infligées pour les appels interjetés contre l'exécution de jugements ayant acquis force de chose jugée [15]. Toutefois, parmi les jugements interlocutoires qui ne sont pas susceptibles d'appel, n'est pas compris le jugement qui rejette une exception péremptoire. Valentinien Ier, en remettant en vigueur l'ancien principe qui voulait qu'on ne pût interjeter appel qu'après le jugement définitif, suppose que l'affaire a été portée devant un juge compétent ; car, dans le cas d'incompétence, on n'était pas obligé, pour appeler, d'attendre le jugement définitif. Il ajoute une autre exception à ce principe pour le cas de rejet d'une exception péremptoire, ce qui avait déjà lieu anciennement, ainsi que pour le cas où il a été refusé indûment un délai nécessaire pour

[10] Voy. Lœhr Uebers. 1, p. 29, note 1.

[11] L. 1, C. Th. (11, 36) : Moratorias dilationes, frustratoriasque non tam appellationes quam ludificationes admitti non convenit, L. 9, 10, eod.

[12] L. 1, C. Th. cit. et L. 2, C. Th. de app.

[13] *Præjudicium* ici signifie un jugement non définitif, L. 3, C. Th. de div. rescr. (1, 2), et ibid. J. Goth. t. 1, p. 17. (Quand le mot *interlocutoire* est ici employé, il ne signifie pas toujours un jugement qui préjuge le fond : jugement *interlocutoire* signifie ici jugement *incidentaire*. E.)

[14] L. 50, C. Th. de app. L. 18, 29 (L. 7, C.) h. t. L. 65, C. Th. de app. L. 1, 3, 23, C. Th. h. t. L. 25 (L. 21), 40, 44, C. Th. de app. L. 1, 2, 3, 5, 11, 15, 16, 18, 30, C. Th. h. t.

[15] L. 2, 15, 16, 18, C. Th. h. t. L. 25 (L. 21, C.), 39, C. Th. de app. L. 3, 11, 16, 25 (L. 5, C.), 30, C. Th. h. t.

l'instruction de la cause, et spécialement pour la preuve. Il permet aussi d'appeler de l'exécution lorsqu'elle dépasse les termes du jugement [16]. Cette dernière disposition a été répétée par Gratien, qui s'occupe en outre du séquestre de l'objet de l'exécution [17]. En même temps il décide que lorsqu'un juge, du jugement duquel l'appel est porté à l'empereur, a rejeté une exception péremptoire, il doit surseoir quant aux autres exceptions jusqu'à ce que l'appel relatif à ce rejet ait pu être interjeté. Mais si ensuite, l'empereur ayant statué sur cet appel, d'autres exceptions sont encore proposées, elles ne pourront plus donner lieu à un appel à l'empereur. Toutefois, si l'appel contre le rejet d'une telle exception est de la compétence d'un autre que de l'empereur, on peut ensuite, après que le juge d'appel a statué sur cette exception, en opposer de nouvelles successivement, sur la décision desquelles l'appel pourra avoir lieu aussi successivement [18].

La compilation de Justinien a admis la constitution de Gratien sur les appels relatifs à l'exécution; mais elle n'a admis aucune de celles qui défendent d'une manière générale l'appel contre les jugements interlocutoires, ou qui ne le permettent qu'exceptionnellement. Justinien a décidé de nouveau, sans exception aucune, que l'appel ne pourrait plus être interjeté qu'après le jugement définitif [19]. Mais il a permis l'appel pour tout jugement définitif et pour les chefs accessoires [20] comme pour les chefs principaux, par exemple pour les frais [21]. —

[16] L. 18, C. Th. h. t.

[17] L. 25, C. Th. L. 5, C. h. t.

[18] C'est ainsi que Jacques Godefroy a aussi entendu la constitution de Gratien, qui se compose de la L. 37, C. Th. de app., et des L. 23, 24 (et 25), C. Th. h. t. conf. aussi L. 3, C. Th. de div. rescr. (1, 2).

[19] L. 36, C. de app. restituée par Cujas, Obs. XII, 3. — L. 16, C. de jud. (3, 1). L. ult. C. de sent. et interl. (7, 45).

[20] Voy. *supra*, § 170, note 24, et Nov. 23, c. 1. — Lydus de magistr. II, 15: « — Ad Imperatoris audientiam post appellationem mittebantur, — Imperator Romanorum humilis judicis munus subire, et lites vel minutissima forte in re judicare non recusabat. »

[21] L. 10, C. quando prov. (7, 64). Nov. 82, c. 10.

Une décision de Valentinien III, d'après laquelle on ne pouvait pas appeler au-dessous de cent solides [22], n'a pas été admise dans la compilation de Justinien. — Seulement, ainsi que le veut Justinien, lorsque la partie qui succombe interjette appel, le demandeur qui n'a pas obtenu les frais en instance n'a pas besoin d'interjeter à ce sujet un appel incident; car le juge d'appel a le droit d'office, ou au moins lorsqu'il y est provoqué par une *consultatio*, d'y statuer [23]. D'après une autre constitution de cet empereur, la valeur du litige peut bien influer sur la manière de traiter l'affaire en appel, mais non sur la recevabilité de l'appel [24].

Quant à la recevabilité de l'appel dans les affaires fiscales et dans les procès qui intéressent l'empereur, la doctrine des constitutions a varié [25]. Les dispositions qui prohibaient l'appel ne sont pas passées dans la compilation de Justinien.

Une constitution de Gratien renouvelle la défense d'appeler contre les décisions qui ordonnent l'ouverture d'un testament et l'envoi en possession d'un héritier institué, et menace d'une peine le juge qui admettra un semblable appel [26]. Ce n'est pas non plus une innovation qu'ont introduite les constitutions qui font mention de la défense d'appeler relativement à l'interdit *quorum bonorum* [27] et à l'action *momenti* [28]. Or, comme d'un

[22] Nov. Valent. 12.

[23] L. 10, C. cit.

[24] L. 37, C. de app.

[25] D'après les anciens usages, il était recevable; voy. Constantin, L. 8, 14 (18, C.), 18, C. Th. de app. Constance et Constant, L. 21, 28, C. Th. eod. Théodose Ier et Valentinien II, L. 39, 41, 45 (L. 20, C.), 46, 49, C. Th. eod. Honorius, L. 64, C. Th. eod. et Valentinien III, L. ult. eod. Il n'était pas recevable; voy. Constance, L. 6, C. Th. h. t. (11, 36), L. 6, C. Th. de jure fisci (10, 1). L. 8, 9, 10, 12, 13, C. Th. h. t. Mais il fait une exception pour les biens vacants, pour les *caduca*, et pour les biens enlevés à l'indigne, L. 26, C. Th. de app. Voy., en outre, Valentinien Ier, L. 18, 19, 21, C. Th. h. t.

[26] L. 26, C. Th. L. 6, C. h. t.

[27] L. 22, C. Th. h. t.

[28] L. un. C. Th. si de momento fuerit appellatum (11, 37). L. un. C. si de momentanea possessione f. a. (7, 69). Symm. x, 41. J. Goth. ibid. t. IV, p. 330. Voy. aussi L. 18, f. C. Th. h. t.

autre côté les interdits *adipiscendæ possessionis*, aussi bien que les interdits *recuperandæ possessionis*, ne donnent pas seulement lieu à une décision provisoire (§ 71, note 22; § 144, note 7, *supra*), il est évident que ces constitutions ont seulement voulu dépouiller l'appel, dans ces dernières affaires, de son effet suspensif, et que par conséquent elles ont réservé la voie de la *supplicatio* (§ 177, *infra*) [29].

§ CLXXIV. — 3° *De la procédure* [1].

La procédure est restée au fond, depuis Dioclétien et Constantin, la même qu'elle était auparavant, et telle que nous l'avons décrite au § 171; elle a seulement subi quelques modifications : 1° lorsque l'appel est déclaré oralement au juge contre lequel on se pourvoit, il n'y a pas besoin d'y ajouter une déclaration par écrit, *libelli*. C'est ce que Constantin confirme expressément [2]. Toutefois il était dans l'usage [3] de lui remettre cette déclaration par écrit, *libelli appellatorii*, et le juge était obligé de la recevoir, sous des peines sévères. Le délai pour cette déclaration était encore de deux ou trois jours, suivant que celui qui voulait déclarer son appel avait plaidé en son nom ou au nom d'autrui [4]. Valentinien III avait défendu à l'appelant de retirer sa déclaration d'appel [5]; Honorius avait permis de la retirer, pourvu que ce fût dans les trois jours [6]. Justinien le permet sans condition [7]; et, dans une Novelle, il a étendu à dix

[29] L. un. C. Th. cit. .... « Etsi appellatio fuerit interposita, tamen lata sententia sortiatur effectum : *atque ita demum ad nostram scientiam referatur*. » L. un C. cit. G. F. Puchta, Erl. Jahrb. der jur. Lit. t. 9, p. 16 et suiv.

[1] C. Th. de reparationibus appellationum (11, 31), C. de temporib. et reparationib. app. seu consultationum (7, 63).

[2] L. 7, C. Th. de app. (11, 30). L. 14, C. eod. (7, 62). Conf. L. 40, C. Th. eod.

[3] L. 2 (L. 12, C.). L. 4, 22, 56 (L. 18, C.) eod.

[4] Nov. 23, pr.

[5] L. 48, C. Th. de app.

[6] L. 56, eod.

[7] L. 28, C. de app. par interpolation de la L. 56, cit.

jours le délai pour déclarer l'appel, sans distinguer si la partie appelante a plaidé en son nom ou au nom d'autrui [8].

2° Le juge auquel on a fait la déclaration d'appel doit d'office préparer les *apostoli*, c'est-à-dire la rédaction de l'acte d'appel qui doit être porté au juge supérieur. L'appelant n'a plus besoin de réclamer cet acte avec instance dans les cinq jours ; c'est ce qui a été déjà remarqué au § 171, n° 2. En outre, l'avis du refus de recevoir l'appel n'était donné auparavant au juge supérieur par le juge inférieur, qu'autant que celui-ci n'avait pas voulu recevoir l'appel, et que la partie avait été obligée de s'adresser au juge supérieur directement (§ 171, n° 3). Ce n'est qu'à l'occasion d'affaires criminelles que Dioclétien avait parlé de l'*opinio*, qui devait être adressée par le juge inférieur, puis être remise en copie à l'appelant, pour qu'il pût y joindre ses observations (*refutatorii libelli*), afin que le tout, *opinio* du juge et observations de l'appelant, fût envoyé au juge supérieur qui devait connaître de l'appel [9]. Constantin ensuite voulut que lorsqu'un juge, dans les affaires civiles, après la clôture des débats, avait déclaré qu'il voulait consulter l'empereur avant de juger, il rédigeât son mémoire à consulter (*relatio*, *consultatio*, v. *infra* § 177), et le consignât dans les registres publics, et ce, dans les dix jours, afin que les parties pussent en prendre communication et produire dans les cinq jours leurs *refutatorii libelli*, après lequel délai le mémoire du juge avec les observations des parties, s'il y en avait, était envoyé à l'empereur [10]. Or, c'est l'observation des mêmes formalités qu'exige maintenant Constantin pour le cas d'appel interjeté ; ainsi il les exige aussi bien lorsque l'on se pourvoit avant la sentence que lorsque l'on se pourvoit après [11], et même dans les affaires fiscales, et

[8] Nov. 23, c. 1.

[9] L. 6, § 3, C. de app.

[10] L. 1, C. Th. de app. C'est à cette loi que se réfèrent les L. 5, 8, 24 ; C. Th. h. t. L. 5, C. Th. de relat. (11, 29).

[11] L. 5, C. Th. de app. — « Vel appellationis a te interpositæ solemnia completa fuerint. — » L. 8, eod..... « *ex eo die, quo fuerit quæstio terminata*, vel ex quo relationem judex per sententiam promiserit. » L. 16,

il exige que l'envoi de l'appel ou de la *consultatio* soit fait dans les vingt jours [12]. D'après le même empereur, le juge qui a promis d'en référer à l'empereur ne peut plus prononcer sa sentence sans en avoir reçu une réponse [13]; et il ne peut plus, de même que quand un appel a été interjeté, écouter les parties ni procéder à aucun acte [14]. Le délai de vingt jours a été étendu à trente par Julien, pour les appels interjetés contre les décisions du *vicarius urbi* [15] et pour les *relationes* promises par le juge avant la sentence [16]; par Valentinien [17] et Honorius [18], pour tous les appels portés à l'empereur. La plupart de ces dispositions sont sanctionnées par des peines infligées aux juges qui les transgressent et entravent la marche des appels, ou qui négligent de faire connaître immédiatement la décision impériale [19]. Au reste, de même que Constantin avait déjà décidé que les juges, par leurs avertissements aux parties, devaient faire en sorte qu'elles n'omissent aucun de leurs moyens, afin que rien ne manquât dans la rédaction, soit de la sentence, soit de l'acte d'appel [20], de même aussi il voulut que les parties n'insérassent dans leur *refutatio* rien qui n'eût déjà été soumis à la discussion [21]. Justinien recommande la concision dans la rédaction des *refutatorii libelli*, toujours pour les appels qui doivent être portés au *sacrum auditorium*; de ne pas y répéter les

C. Th. ou L. 19, C. cod..... « ita ut appellanti judex præbeat opinionis exemplum, et acta cum refutatoriis partium suisque litteris ad nos dirigat. »

[12] L. 8, C. Th. cit.

[13] L. 2, C. Th. de relat. (11, 29). L. 1, C. de relat. (7, 61).

[14] L. 5, C. Th. de app. L. 13, C. cod.

[15] L. 29, C. Th. de app.

[16] L. 31, C. Th. eod.

[17] L. 32, 34, C. Th. eod.

[18] L. 65, C. Th. eod.

[19] Voy. encore L. 6, 8, 11, 14, 16, C. Th. de app. L. 3, 41, 5, C. Th. de relat. et le commencement du § précédent. — Symm. II, 30; X, 46. Lœhr. Uebers. 1, p. 27, note 1.

[20] L. 1, C. Th. de judic. (2, 18), L. 9, C. cod. (3, 1). L. 11, C. Th. de app.

[21] L. 11, C. Th. cit. Voy. aussi L. 52, C. Th. de app.

discussions qui ont déjà eu lieu, et de se contenter d'y exposer les griefs avec des développements [22]. Enfin la compilation de Justinien ne parle plus ni du délai de dix jours, ni de celui de cinq jours. La *relatio* du juge qui n'est pas occasionnée par un appel doit être aussitôt communiquée en copie aux parties, et envoyée à la chancellerie impériale [23]. Dans tout appel (peu importe qu'il soit ou non à l'empereur), les actes de la procédure, avec l'avis du juge inférieur, sont remis aux parties dans les trente jours [24] : c'est le terme qui paraît avoir été fixé aussi pour la rédaction des *apostoli*. Justinien décide dans une Novelle que le juge, si, dans un délai de trente jours à partir de l'appel à lui déclaré, il ne remet pas aux parties les actes qui leur sont nécessaires pour le juge d'appel, est passible de tous dommages et intérêts pour le cas où la sentence aurait acquis force de chose jugée par suite de sa négligence [25].

§ CLXXV. — *Continuation.—Introduction de l'instance d'appel.*

3° Il nous reste encore à savoir dans quel délai l'appel qui, avant Justinien, était adressé par le juge inférieur au juge d'appel, et, depuis cet empereur, était porté au juge d'appel par l'appelant lui-même, devait être discuté, produit *ad audientiam* [1]? En un mot, quel était le *tempus* EXEQUENDÆ *appellationis?* Il paraît que ce délai était de quatre mois, parce que

[22] L. 30 pr. § 1, C. de app.

[23] « Consultationis exemplum litigatoribus illico edi apud acta, etc. » Telles sont les expressions que la L. 1 f. C. de relat. place dans la bouche de Constantin (L. 1 init. tirée de la L. 2, C. Th. de relat.).

[24] La L. 32, C. Th. de app. se retrouve, mais interpolée, dans la L. 24, C. de app. Conf. J. Goth. ad L. 32, t. IV, p. 264.

[25] Nov. 126, c. 3.

[1] Negotium peroratum, L. 64, C. Th. de app. Negotium perorare, L. un. C. Th. si pend. app. (11, 35). Audientia judicis, L. 3, C. Th. lut. (11, 31). *Dicendi* negotii temporibus excussis, L. 7, C. Th. eod., etc. Pour la première instance on trouve aussi *dici controversiæ*, L. 3, C. Th. L. 24, C. de procur.; et, en général, le proconsul doit « *publice audire*, » L. 1, tit. nov. C. Th. de off. proc. (1, 12, dans Wenck). — Lydus, de mag. I, 16, décrit l'audience du préfet du prétoire, et dit : « *dicentium oratio* tota ad divinum judicem conversa. »

lorsque l'appelant mourait [2] après avoir interjeté appel, on accordait, à partir de sa mort [3], quatre autres mois à ses héritiers. Le même principe était également admis pour la première instance : Constantin l'avait rendu applicable à ce cas [4], étant consulté par un juge sur la question de savoir si, en seconde instance, les héritiers n'avaient plus que le délai qui restait à courir.

D'après plusieurs constitutions de Valentinien I[er], l'appelant qui est déchu, sans sa faute, du délai voulu pour l'appel, peut obtenir une *reparatio, redintegratio*, mais seulement pendant trois mois ; il n'a même que trente jours lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu par les magistrats municipaux ou le juge pédané ; et, dans ce même temps, il doit donner connaissance à son adversaire de la *reparatio* à laquelle il a eu recours.

Si l'intimé ne se trouve pas devant le juge d'appel en temps voulu, l'affaire est discutée et décidée en son absence ; si c'est l'appelant qui fait défaut, le jugement dont est appel est confirmé purement et simplement [5]. Il ne peut être régulièrement accordé aucune nouvelle *reparatio ;* c'est ce qui avait été déjà décidé par Constantin, pour la première instance, relativement aux *denuntiationes* [6]. Valentinien accorda, par exception, une

[2] Dans l'ancien droit, la mort survenue pendant l'appel ne donnait lieu à aucune augmentation de délai; l'héritier pouvait, mais n'était pas obligé de suivre l'appel. Tit. si pendente appellatione mors intervenerit, D. 49, 13, C. 7, 66.

[3] Les fils de Constantin ont retardé le point de départ; voy. *supra*, § 143, *in fine*.

[4] L. un. C. Th. si pendente app. mors interv. (11; 35), L. ult. C. eod. Conf. avec L. 3, C. Th. de temp. cursu (2, 6). Voy. *supra*, § 143, *in fine*.

[5] L. 1, 3, 4, 5, 6, C. Th. h. t. (11, 31). — La L. 5 donne le conseil à l'intimé de voir si l'appelant demande le nouveau délai avant que le délai ordinaire soit expiré, et prescrit la forme de la dénonciation pour le cas où l'intimé ne se présenterait pas. — La L. 7, C. Th. eod. offre une protection à l'appelant qui, par suite d'une attaque ennemie, serait empêché de demander la *reparatio* dans le délai voulu.

[6] Conf. § 143, *supra*, et l'expression *præscriptio legis* de la L. 2, C. Th. h. t. — Symm. LII, 10.

nouvelle *reparatio*, mais seulement lorsque le délai de la première n'avait pu être mis à profit par suite de maladie du juge ou pour des causes d'intérêt public [7]. Si la déchéance provenait de la faute du juge, celui-ci, en vertu d'une constitution de Constantin, confirmée par Valentinien, devait, comme en première instance, payer à l'appelant déchu toute la valeur de l'objet du litige [8].

Dans les cas urgents, le *tempus exequendæ appellationis* était de deux mois, au lieu de quatre, du temps de Valentinien Ier [9]; Arcadius et Théodose II confirmèrent la *lex antiqua* d'après laquelle ce délai, lorsque l'appel était d'un juge pédané, était aussi de deux mois, si c'était dans la même province ou une province voisine, avec possibilité d'une augmentation de trente jours; et de six mois, avec augmentation possible de trois mois, si c'était dans une province plus éloignée, par analogie de l'appel contre la décision d'un gouverneur de province [10].

Théodose voulut, en outre, que la *reparatio* pût être accordée une seconde fois, mais jamais une troisième, lorsqu'il y avait des motifs graves, par exemple, la maladie, les occupations trop nombreuses du juge ou des parties, ou un empêchement de l'avocat. La première *reparatio* devait être obtenue avant l'expiration du délai ordinaire : ainsi, dans les trente jours, lorsque l'appel était d'un *arbiter ;* dans les trois mois, d'un *judex ;* dans les quatre mois, lorsque l'adversaire demeurait dans une province éloignée. La seconde *reparatio* devait être obtenue dans les trois mois ou les quatre mois, suivant les distinctions précédentes. Celui qui avait eu recours à une *reparatio* devait en donner avis à son adversaire dans le même délai, et l'empereur désigna les formalités à suivre contre les

7 L. 2, C. Th. cit.

8 L. un. C. Th. de secundo lapsu (11, 32), avec L. 2, C. Th. de temp. cursu (2, 6). Conf. § 143, *supra*.

9 L. 3, f. C. Th. h. t. Conf. L. 10, 19, 41, 63, 67, C. Th. de app. L. ult. C. Th. h. t. L. 2, C. Th. de decur. (12, 1).

10 L. 63, C. Th. de app.

appelants qui s'affranchissaient de cette obligation [11]. Pour les affaires fiscales plusieurs empereurs prirent des dispositions diverses, relativement au délai dans lequel l'avis de l'appel devait être rédigé par le juge inférieur, à celui de l'introduction de l'appel devant le juge supérieur, et à celui qui devait être imparti pour une *reparatio* [12].

De toutes les constitutions citées dans ce paragraphe, aucune n'a passé dans la compilation de Justinien, parce que toutes ont été remplacées par une novelle de Théodose II [13]. Voici ce qui résulte de cette novelle :

Lorsque l'appel est interjeté d'un *vir clarissimus* ou *spectabilis*, le dernier jour du sixième mois est le premier où les débats sur l'appel doivent avoir lieu ; si l'appelant ne paraît pas ce jour-là, le trente et unième jour suivant est le second jour fatal, le trente et unième jour après celui-ci est le troisième jour fatal, et enfin le trente et unième jour après ce dernier est le quatrième *dies fatalis*. Si l'appelant n'engage pas le débat ce quatrième jour, il peut encore obtenir du prince un nouveau délai, pourvu qu'il le demande dans les trois jours. Dans tous les cas, ce nouveau délai ne peut excéder trois mois, à partir du dernier *dies fatalis* : de telle sorte que, si le prince n'accorde le délai nouveau que l'avant-dernier jour de l'expiration des trois mois, il ne faudrait pas moins que l'appelant plaidât le dernier jour, sous peine d'être déchu du bénéfice de son appel. Si l'appel a été interjeté d'un juge délégué dans une province par l'empereur, il y aura quatre *dies fatales* comme ci-dessus, mais il n'y aura pas de nouveau délai, *reparatio* ; de sorte que

[11] L. 9, C. Th. h. t. La constitution qui parle de cette forme nous manque. Elle est probablement semblable à celle qui se trouve L. 5, C. Th. eod.

[12] Voy. L. 28, C. Th. de app. des fils de Constantin. L. 41, C. Th. eod. L. 13, C. Th. de jure fisci (10, 1). L. 45, 46, C. Th. de app. L. 49, eod. de Valentinien II. L. 64, C. Th. d'Honorius.

[13] L. 2, C. h. t. (7, 63). — Cujas, de divers. temp. præscr. et terminis, c. 16, opp. t. 1, p. 529 sq. ed. Fabrot.

l'appel sera considéré comme abandonné après le quatre-vingt-treizième jour, si c'est le préfet du prétoire, le *magister officiorum* ou tout autre *illustris*, qui a délégué le juge, duquel est appel, dans une cité; ou, si ce juge a été délégué dans une province par un *spectabilis* ou un *clarissimus*, le premier jour fatal sera le dernier du second mois à partir de l'appel déclaré; les trois autres *dies fatales* se compteront comme plus haut, et il ne sera non plus accordé aucune *reparatio*. Si le *dies fatalis* tombe un jour de fête, les débats doivent avoir lieu sur l'appel la veille; et si l'appelant néglige quelques-unes des solennités requises, son appel sera considéré comme non avenu.

Enfin Justinien déclara, d'une manière très-positive, que les délais ne seraient prorogés ni renouvelés sous aucun prétexte; aussi exigea-t-il que toutes les pièces fussent envoyées au juge qui devait connaître de l'appel, au plus tard après l'expiration de la moitié du délai accordé entre la déclaration de l'appel et son introduction devant le juge supérieur [14]. Toutefois, quelque temps après, il modifia les délais de l'appel à l'empereur suivant l'éloignement des provinces [15], et adoucit la rigueur relative aux *dies fatales* en accordant six autres jours [16]. Il réduisit à un an le délai de deux années accordé pour certains appels [17]; il permit de continuer au jour suivant les plaidoiries d'appel [18]; mais il décida que, si l'appelant, après avoir commencé la discussion, ne la continuait point et empêchait par son absence son adversaire de continuer la sienne, la sentence frappée d'appel se trouverait confirmée après l'expiration du délai légal : toutefois il permit, lorsque l'appelant donnerait des preuves évidentes d'empêchements de force majeure, de lui accorder encore un an [19]. Il déclara en même temps obligatoire la convention de ne pas appeler,

[14] L. 3, C. eod.
[15] L. 5, pr. C. eod.
[16] L. 5, § 1, C. eod.
[17] L. 5, § 2, eod.
[18] L. 5, § 3, eod.
[19] L. 5, § 4, 5, eod. Nov. 49, pr.

constatée par écrit entre les parties. (V. aussi *suprà*, § 170, note 15.)[20]. Plus tard, Justinien accorda une année de plus; mais l'adversaire de l'appelant devait provoquer celui-ci aux débats dans le dernier mois de la dernière année, et, que l'appelant se fût présenté ou non, exposer ses moyens au juge d'appel, puis attendre sa décision; toutefois, si cette décision avait été rendue avant l'expiration de la deuxième année, et si avant cette expiration l'appelant se présentait, elle pouvait être encore modifiée ou changée. Dans tous les cas, l'appelant devait supporter les frais occasionnés par sa négligence[21]. La déchéance de l'appel ne devait pas avoir lieu lorsque le délai de deux ans était expiré pendant les opérations d'*arbitri* nommés dans l'intervalle, et qu'ensuite les parties revenaient devant le juge d'appel[22]. Il n'y avait pas non plus déchéance lorsque, l'appelant s'étant présenté dans le délai voulu, le juge avait remis l'affaire à un jour plus éloigné[23].

§ CLXXVI. — *Continuation.*

4° D'après les anciens principes confirmés par Constantin, lorsque le juge dont était appel ne voulait pas recevoir la déclaration d'appel, l'appelant avait le droit de s'adresser pour cela directement au juge supérieur[1]; aussi une constitution du même empereur défendait-elle, et même sous des peines sévères, à celui qui avait succombé dans une instance, de recommencer le procès à nouveau, sous le prétexte qu'il avait craint de déclarer son appel[2]. Toutefois, dans ce cas, il lui accordait quelque indulgence[3] : il permettait de le relever de la déchéance du délai d'appel, *reparatio*, lorsqu'il démontrait clairement qu'il avait été sous l'empire de cette crainte[4]. Mais

[20] L. 5, § 6, cod.
[21] Nov. 49, pr. c. 1.
[22] Nov. 93.
[23] Nov. 119, c. 1.
[1] Conf. *supra*, § 171, no 3, et L. 16, 17, C. Th. de app.
[2] L. 1, C. Th. de his qui per met. (11, 31).
[3] L. 2 f. eod.
[4] L. 2, eod. Conf. Ja. Goth. ad L. 1, 2, cit.

Julien ne voulut point admettre cette considération. Celui qui, par suite d'une véritable violence exercée contre lui par le juge inférieur, avait été mis dans l'impossibilité de faire connaître son appel, devait, après avoir rendu publique sa volonté d'appeler, conformément aux anciens principes (§ 171, note 18), dans les délais voulus pour l'appel, s'adresser à l'empereur, et ce recours à l'empereur était alors considéré comme un appel régulièrement formé. Cette constitution, en harmonie avec le Digeste, a été adoptée par Justinien [5]. Théodose II décida également que, si le juge inférieur ne voulait pas recevoir la déclaration d'appel (par conséquent aussi s'il ne voulait pas donner à la partie acte de sa déclaration) ou refusait de rédiger les *apostoli* destinés au juge d'appel, l'appelant serait obligé de s'adresser au juge supérieur en lui faisant connaître toutes ces circonstances, *secundum jus antiquum* (*supra* § 171, note 17), dans le délai d'un an, lorsque l'appel était porté au préfet du prétoire ou au préfet de la ville; de six mois, s'il était porté à un autre magistrat; et de quatre mois seulement, lorsque le juge inférieur était un *arbiter*. Après cela couraient les délais ordinaires pour engager la discussion sur l'appel [6].

De même que les juges qui ne voulaient pas admettre des déclarations d'appels régulières, et dans les cas permis, étaient soumis à des peines (v. *supra*, § 173, pr.), de même les empereurs, et déjà Constantin (les anciennes *sponsiones* ayant été supprimées, et les peines infligées auparavant étant arbitraires (§ 171, n° 2, *supra*), introduisirent des pénalités nouvelles d'une dureté incroyable contre les appels et les suppliques contraires à la loi et mal fondés [7]. Les appels, dans les cas

[5] L. 30, C. Th. de app. L. 2, C. de his qui per met. (7, 67).

[6] L. 67, C. Th. de app. L. 31, C. eod.

[7] L. un. (L. 3, dans Wenck), C. Th. de off. P. P. (1, 5).—Ces pénalités étaient, par exemple, la perte de la moitié du patrimoine et la relégation pendant deux ans, lorsque l'appelant était riche, et les travaux des mines pendant deux ans, lorsqu'il était pauvre. — Elles n'ont point passé dans la compilation de Justinien. — L. 16, C. Th. ou L. 19, C. de app. — La peine de l'infamie.

prohibés [8], par exemple, contre les jugements non définitifs, étaient punis, conformément aux constitutions impériales, d'une *mulcta*, appelée *præjudicialis*, qui s'élevait jusqu'à cinquante livres d'argent [9]; la même peine devait être infligée, pour un appel mal fondé interjeté même dans un cas d'exception, à la défense d'appeler des jugements non définitifs [10]; mais Théodose Ier défendit expressément d'appliquer une peine pour un appel mal fondé interjeté dans un cas non prohibé [11]. Dans Justinien on ne trouve plus la *mulcta* de cinquante livres d'argent que pour les cas où une partie a appelé, de mauvaise foi, contre l'exécution d'une sentence ou contre un jugement non définitif. Également il n'a pas voulu admettre la constitution de Théodose Ier et d'Arcadius, qui voulait que le possesseur qui avait succombé une seconde fois dans un appel perdît la possession de l'objet litigieux [12].

5° Quant aux effets de l'appel interjeté, et spécialement en ce qui concerne son effet suspensif, les anciens principes ont été conservés. Quant aux nouvelles choses dont il est permis de faire usage en appel (§ 171, n° 5), Théodose Ier, Arcadius et Honorius ont décidé qu'on ne peut faire statuer en appel que sur les questions qui ont été agitées en instance [13]. Il est vrai que cette constitution n'a point passé dans la compilation de Justinien; mais cet empereur a publié une constitution qui porte que l'on peut bien, en appel, invoquer des moyens nouveaux pour faire valoir des conclusions prises en instance; mais que l'on ne peut, en appel, faire des demandes nouvel-

[8] Lœhr, Uebers. 1, p. 76, *in fine*, entend, par appels prohibés, tous les appels mal fondés, et rattache ici l'inadmissibilité de la *revocatio*. Mais pour les appels mal fondés il y avait d'autres peines, et il n'est pas question de la *revocatio* dans les sources.

[9] L. 40, 50, 65, C. Th. de app. L. 10, 15, 16, 30, C. Th. quor. app. non rec. (11, 36). Symm. x, 29, 51.

[10] L. 25, C. Th. quor. app. (11, 36), L. 5, C. eod. (7, 65).

[11] L. 43, C. Th. de app.

[12] L. un. C. Th. de possessione ab eo, qui bis provocaverat, transferenda (11, 38).

[13] L. 52, C. Th. de app.

les [14]. En outre Justinien [15] permet à l'une des parties, lorsque l'autre a appelé, de faire valoir ses prétentions contraires, sans pour cela être obligée de former appel incident, comme autrefois il était permis à l'intimé de conclure aux dépens qui ne lui avaient pas été alloués en instance (§ 173, note 23) : quant aux dépens il était enjoint au juge de les allouer d'office, *per suum vigorem ejus partes adimplere*; par conséquent il a permis, dans ce sens, la *reformatio in pejus* [16].

§ CLXXVII. — *Supplicatio ou retractatio* [1].

De bonne heure les parties s'adressaient déjà à l'empereur pour obtenir de lui des rescrits favorables à leur cause [2]; les juges avaient recours à ses lumières et à son autorité pour s'éclairer sur les décisions qu'ils avaient à rendre, ou à l'occasion des appels qui leur étaient déclarés [3], le tout au moyen de *consultationes* ou de *relationes* [4]. La *consultatio* était adressée à l'empereur par le juge qui voulait s'éclairer avant de juger, lorsque les questions qui se présentaient à sa décision donnaient lieu à des doutes sérieux [5], ou que, pour les décider, il fallait s'écarter de la rigueur des principes [6] : dans ces deux cas, Justinien [7] faisait même un devoir au juge d'adresser une *consultatio* [8]; mais plus tard il finit par supprimer entièrement, pour ces cas, les *consultationes* [9].

[14] L. 4, C. h. t. (7, 63). C'est dans ce sens qu'il faut entendre aussi les *novæ assertiones* de la L. 37 f. C. de app.

[15] L. 39, pr. C. de app.

[16] Cette expression vient de l'interprétation inexacte, dans la L. 1, pr. D. de app., des mots *in pejus reformet*.

[1] T. de relationib. C. Th. 11, 29, C. 7, 61. — C. de app. *et consultationib.* (7, 62). Voy. aussi § 143, note 5. — Goldschmidt, Abh. p. 124-128.

[2] Voy. *supra*, § 170, note 12, § 143, note 5.

[3] Voy. les §§ précédents.

[4] *Consultatio* et *relatio* sont synonymes, voy. J. Gothfr. Paratil. ad Tit. C. Th. de relat.

[5] L. 1, 4, C. Th. h. t. L. 3, C. eod. (7, 61). L. 55, C. Th. de app.

[6] L. 1, C. de leg. (1, 14).

[7] L. 9, 11, 12, C. eod.

[8] L. Tanta, § 21 fin. Nov. 82, c. 14. Nov. 113, c. 1, pr.

[9] Nov. 125.

En outre, on pouvait s'adresser à l'empereur par une supplique (*supplicatio*), par exemple, pour se plaindre de ce qu'une déclaration d'appel n'avait pas été admise [10]; et enfin, dans les derniers temps, pour obtenir de l'empereur la révision (*retractatio*) d'un jugement. Toutefois, d'après une constitution de Constantin déjà, ce moyen de se pourvoir n'était admis que lorsque l'appel n'était pas possible, tellement que la peine de la déportation était infligée à celui qui, pouvant appeler, avait recours à la *supplique* [11]. Ici se rattachent les dispositions de Constantin et de ses fils, relatives à l'appel abandonné par crainte (§ 176 pr., *supra*); et la peine dont Constantin menaçait l'appel interjeté mal à propos s'applique à la supplique qui a le même caractère [12]: on ne doit vouloir, dit l'empereur, « *nec damnosa fisco*, *nec juri contraria* [13]. » Un rescrit rendu sur une *relatio* était irrévocable; et une supplique à l'empereur contre un tel rescrit était défendue par Constantin déjà, sous peine de payer au fisc la valeur de l'objet litigieux [14].

La supplique pouvait être adressée à l'empereur contre la sentence d'un juge ordinaire [15]; mais on y recourait spécialement contre une décision du préfet du prétoire (§ 172, note 12) qui n'était plus susceptible d'appel; c'est même peut-être par là que la supplique a commencé à être employée comme un moyen véritable de se pourvoir contre les jugements [16]. En effet Valentinien et Valens défendirent de se pourvoir, pour la seconde fois, par supplique contre un tel jugement [17]; et Théodose et Valentinien permirent, ce qui était prohibé auparavant, la supplique contre un jugement rendu en faveur d'une Curie

[10] L. 5, § 1, D. de app. rec. (49, 5). L. 6, C. Th. de app.

[11] L. 17, C. Th. de app. L. 3, C. ut lite pend. (1, 21).

[12] Voy. *supra*, § 176, note 7. Le passage cité dans cette L. est ainsi conçu, à la fin : « Quam legem in annotationibus quoque nostris de iterando post sententiam judicio custodire debebis. »

[13] L. 3, C. de precib. Imp. (1, 19).

[14] L. 6, C. Th. de app. L. 2, C. ut lite pend. L. 9, C. Th. de app.

[15] L. un. (3) f. C. Th. de off. P. P. (1, 5). Conf. § 173, *in fine*.

[16] L. 5, C. de prec. Imp. off. (1, 19). Nov. Theod. 6. L. 35, C. de app. L. un. C. ne lic. in una (7, 70). Nov. 82, c. 12. Nov. 119, c. 5.

[17] L. 5, C. cit. de l'an 365.

ou de tout établissement public, pourvu qu'on y eût recours dans le délai de deux ans, après la cessation des fonctions du préfet du prétoire qui avait rendu le jugement [18]; et enfin Justinien décida que la *retractatio* ne serait pas admise contre un jugement rendu en troisième instance par le préfet du prétoire [19]. Ce recours n'avait pas pour effet de suspendre l'exécution du jugement attaqué; mais Justinien permit à la partie condamnée, qui dans les dix jours aurait présenté une demande par écrit à cet égard, d'exiger de son adversaire une caution, relativement à l'exécution, pour le cas où le jugement attaqué serait réformé [20]. Il est aussi à remarquer que Valentinien et Valens défendirent aux parties qui avaient adressé une affaire à l'empereur par la voie de la *relatio* ou de la *supplicatio*, d'aller tourmenter l'empereur à ce sujet, sous peine de payer au fisc la moitié de la valeur de l'objet litigieux [21]. Théodose Ier modifia cette défense en leur permettant, mais après une année seulement, de supplier l'empereur de rendre sa décision; et alors elles devaient lui apporter une copie de tous les débats et de l'attestation du juge, relative à la supplique [22]. Cette disposition fut, dans la suite, souvent renouvelée [23]. La compilation de Justinien ne fait plus mention de tout cela.

CHAPITRE II. — DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

§ CLXXVIII. — *Pluris petitio* [1].

Le juge qui avait reçu sa mission en vertu d'une *certa for-*

[18] Nov. Theod. 6, lib. 1, tit. 13, de l'an 439, d'où la L. un. C. de sentent. præfector. pr. (7, 42). Conf. Ritter, ad Nov. cit. dans Gothofr. Cod. Th. ed. R. T. VI, p. 2, p. 20-22.

[19] L. un. C. ne lic. in una (7, 70); voy. *supra*, § 172, *in fine*.

[20] Nov. 119, c. 5.

[21] L. 34, C. Th. de app.

[22] L. 47, C. Th. eod.

[23] L. 54, 66, eod.

[1] Gaius, IV, 53-60. § 33-35, J. de act. (4, 6). Paul, I, 10. — C. de plus

mula devait absoudre le défendeur, du moment que le demandeur ne justifiait pas son *intentio*, ou même qu'il ne la justifiait qu'incomplétement ; et en outre, comme le droit déduit *in judicium* se trouvait absorbé, il n'y avait plus moyen d'actionner, même en réduisant la prétention originaire. Cela résulte des principes que nous avons développés amplement ; et la déchéance du droit, *causa cadere*[2], qu'entraînait la plus-pétition, n'était qu'une conséquence de ces principes. Dans les actions de la loi, la plus-pétition entraînait déjà une déchéance[3]; seulement nous ne savons pas au juste dans quelles actions il en était ainsi ; car alors aussi l'objet du litige n'était pas toujours un *certum*. Dans le système formulaire, l'*incerta formula* ne pouvait pas donner lieu à cet effet de la plus-pétition[4], puisque dans cette formule c'était seulement une prétention indéterminée qui était déduite *in judicium;* or il ne pouvait y avoir plus-pétition que dans la prétention, c'est-à-dire, dans l'*intentio*[5] : de ces prémisses il faut conclure que la perte qui était le résultat de la plus-pétition, quoiqu'elle fût la suite d'une action trop prétentieuse, ne reposait pas cependant, comme les véritables *pœnæ temere litigantium*, sur des règles positives, d'une nature particulière[6]. Une *condemnatio* exagérée ne pou-

petitionibus (3, 10). Dupont ad Gaium, l. c. p. 98-102. Keller, über Litisc. p. 496 et suiv. M. Ducaurroy, l. c. nº 1261-1266.

[2] Gaius, IV, 68. § 33, Inst. J. de act. Paul, I, 10; II, 5, § 3. Consult. c. 5. Suet. Claud. c. 14. Voy. aussi *supra*, § 49, note 6.

[3] Cic. de or. I; 36 : « .... alter *plus lege agendo petebat*, quam quantum lex in XII Tab. permiserat : quod cum impetrasset, *causa caderet*, alter, etc. » Voy. aussi Plaut. Mostell. A. 3, sc. 1, v. 120 sqq. — Il ne faut pas conclure de là que la loi des XII Tables contenait une défense relative à la plus-pétition ; voy. J. Goth. ad XII Tab. et Otto, Thes. t. III, præf. p. 22. Dirksen, XII T., p. 125-127.

[4] Gaius, IV, 54. Cic. pro Rosc. C. c. 4. L. 1, pr. D. de int. in jur. (11, 1).

[5] Gaius, IV, 58, 60. § 33, J. cit.

[6] Aussi Gaius ne traite-t-il de la plus-pétition qu'à l'occasion des formules, et Justinien que dans le titre des actions; tandis que tous deux s'occupent dans un autre lieu de la peine des plaideurs téméraires. Voy. le § suivant. Keller, p. 497 et suiv.

vait préjudicier au demandeur ; le défendeur qui l'avait inconsidérément laissé ainsi rédiger, pouvait facilement en obtenir le redressement par une *restitutio* [7]. Si la *condemnatio* était inférieure à ce qui était contenu dans l'*intentio*, le juge ne pouvant pas condamner au delà, et cependant tout le droit ayant été absorbé parce qu'il avait été déduit *in judicium*, le demandeur perdait ce qui avait été omis dans la *condemnatio* : et il n'était pas facile, dans cette circonstance, de se faire restituer par le préteur [8]. Il en était autrement quand c'était l'*intentio* qui était inférieure au droit du demandeur ; le surplus n'ayant pas été déduit *in judicium*, pouvait encore être réclamé, mais sous un autre préteur [9]. A plus forte raison le demandeur ne perdait-il pas son droit, lorsqu'il avait réclamé une chose pour une autre, ou lorsqu'il avait actionné en se fondant sur une autre cause, ou lorsque son *intentio* avait été dirigée contre une autre personne que son adversaire véritable ; évidemment, lorsqu'il intentait ensuite sa véritable action, ou lorsqu'il la fondait sur sa véritable cause, ou lorsqu'il dirigeait son *intentio* contre son adversaire véritable, il n'avait à craindre ni l'exception *rei in judicium deductæ*, ni l'exception *rei judicatæ* [10]. Il est inutile d'entrer dans des développements sur les diverses manières de demander plus, *re*, *tempore*, *loco*, *causa* [11] ; il n'est pas nécessaire d'ajouter qu'on pouvait demander plus, de l'une de ces quatre manières, non-seulement dans les actions personnelles, mais encore dans les actions réelles [12]. L'erreur, en plus ou en moins, commise dans la *demonstratio*, ne pouvait nuire au demandeur ; car la *demonstratio* ne déduisait pas *in judicium* comme l'*intentio*, et, d'un autre côté, elle ne servait pas de règle au juge pour la prononciation de sa sentence,

[7] Gaius, IV, 57 : — In integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Gaius, IV, 68.

[8] Gaius, IV, 57. § 33, J. cit.

[9] Gaius, IV, 56, avec 122.

[10] Gaius, IV, 55. § 35, J. de act.

[11] Voyez Gaius, IV, 53, et § 53, J. cit. Voyez aussi M. Ducaurroy, l. c. n° 1261.

[12] Voy. Vat. fr. § 53.

comme la *condemnatio*; de là cet adage: *Falsa demonstratio non nocet* [13]. L'opinion que, dans l'action de dépôt, et en général dans toutes les actions infamantes, la *demonstratio* exagérée pouvait entraîner les conséquences fâcheuses de la plus-pétition, c'est-à-dire, la perte du procès, est formellement contredite par Gaius, qui distingue la formule *in jus* de la formule *in factum*. Dans la première, la *demonstratio* étant bien distincte de l'*intentio*, c'est dans cette dernière seule qu'il peut y avoir plus-pétition; mais, dans la seconde, l'*intentio* résidant dans la *demonstratio* elle-même, celle-ci peut, à cause de cela, contenir une plus-pétition et exposer à la perte du procès [14]. Du reste, il n'était pas facile de se faire restituer contre les conséquences d'une véritable plus-pétition [15].

Quand au système formulaire en fut substitué un autre, les principes de la plus-pétition ne purent pas être conservés, du moins sous tous les rapports. Les constitutions de Zénon et de Justinien, tout en conservant la nécessité du principe de la plus-pétition, le modifièrent, mais d'une manière arbitraire [16]. D'après la constitution de Zénon [17], à laquelle Justinien a donné son assentiment, celui qui actionnait avant le temps ne pouvait ensuite renouveler son action qu'après un délai double de celui qui avait été accordé dans l'origine [18]; il ne pouvait réclamer les intérêts courus dans l'intervalle, et ne pouvait même renouveler son action qu'après avoir remboursé au défendeur les frais qu'il lui avait occasionnés par la première instance [19]. Quant à celui qui avait d'abord demandé moins

[13] Gaius, IV, 58, où il est dit: *falsa demonstratione rem non perimi;* conf. IV, 59.

[14] Gaius, IV, 60.

[15] Gaius, IV, 53, init. Voy. toutefois Suét. Claud. 14, et § 33, J. cit.

[16] Voy. aussi Consult. c. 5.

[17] Rest. par Cujas, Obs. XII, 21.

[18] (D'après les expressions de Théophile, sur le § 10 du titre 13 du liv. 4 de Just., la peine ici ne serait pas du double du délai accordé originairement, mais du double du délai qui restait encore à courir. Voy. Schrader, Inst. IV, 13, § 10. E.)

[19] L. 1, C. h. t. (3, 10). § 10, J. de except. (4, 13). § 33 f. J. de act.

qu'il ne lui était dû, son omission devait être réparée par le juge sur son observation [20]. S'il y avait eu toute autre plus-pétition, Justinien voulait que le demandeur indemnisât au triple le défendeur du tort qu'il lui avait occasionné par là, par exemple, en lui occasionnant le payement d'épices trop considérables à l'huissier. Or, par plus-pétition on entendait dès lors toute exagération dans le *libellus conventionis* [21]. Une autre constitution de Justinien, quoique placée sous la rubrique de la plus-pétition [22], ne devrait pas y figurer, parce qu'elle est relative au dol commis par le créancier pour augmenter la quotité de sa créance.

§ CLXXIX. — *Pœna temere litigantium* [1].

Le droit romain a cherché à réprimer la témérité des plaideurs par trois moyens : par des pertes pécuniaires, par l'infamie et le serment [2]. Le *sacramentum* des actions de la loi et la *pœnalis sponsio* du système formulaire avaient été établis dans le même but [3].

I. En ce qui concerne le défendeur : 1° lorsqu'il niait sa dette, dans certains cas il s'exposait à payer le double de ce qu'il devait. La loi des XII Tables infligeait cette peine à quiconque niait une obligation née par mancipation [4]. Cette peine du double ne se rencontre plus, sous le système formulaire, que dans quatre cas. Dans ces cas, si le débiteur niait sa dette *in jure*, la formule donnait au juge le pouvoir de condamner au double. Ces quatre cas sont ceux de l'action *judicati*, de

[20] L. 1 *t.* C. cit. § 34, J. eod.

[21] L. (rest.) 2, C. h. t. § 24, 33 f. J. de act.

[22] L. 3, C. h. t.

[1] Gaius, IV, 171-182. J. de pœna temere litigantium (4, 16). Dupont, p. 129-140. Mittermaier, der gem. deuts. Proz. cah. 1, 2 édit. Bonn, 1822, p. 125 et suiv.

[2] Pr. J. h. t.

[3] Gaius, IV, 171, conf. avec § 58, *supra*.

[4] Cic. de offic. III, 16, conf. avec Festus, v. *Nuncupata*, et Paul, II, 17, § 4.

l'action *depensi*, de l'action *damni injuriæ* [5], et de l'action intentée à l'occasion d'une *certa res per damnationem legata* [6]. Il faut rattacher ici ce qui a été dit plus haut, § 47, note 7, et § 137 *bis*, *in fine*. Dans ces mêmes cas où *lis infitiando crescit*, ce qui avait été payé sans être dû ne pouvait être répété [7]. Tout cela est passé dans le droit de Justinien, spécialement en ce qui concerne l'action de la loi Aquilia [8]. Toutefois, l'action *depensi* n'y est plus applicable, et l'action *judicati* y a perdu son caractère de pénalité; l'action relative à un fidéicommis n'étant jamais donnée qu'au simple [9], et les legs ayant revêtu le caractère du fidéicommis, il en résulte que l'action relative à un legs n'est plus qu'au simple; seulement Justinien conserve l'ancien principe quant aux legs faits *ecclesiis cœterisque venerabilibus locis*, et il l'étend aux fidéicommis faits aux mêmes lieux : il applique la peine du double pour les uns et pour les autres, non-seulement lorsque celui qui les doit nie son obligation, mais encore lorsqu'il se laisse actionner [10].

[5] Schrader, Tüb. crit. Zeits. t. 1, cah. 2, p. 136, croit pouvoir conclure de Cic. pro Tull. c. 41, ed. Peyr. et H., que l'action de la loi Aquilia était toujours au double dans l'origine, et que ce ne fut que plus tard qu'il en fut autrement. Mais cette opinion ne paraît pas à l'abri de la critique.

[6] Gaius, IV, 9, 171; III, 127, 216; II, 282. — Paul, I, 19, § 1. § 1, J. h. t. où les mots *vel tripli* ne paraissent pas exacts; conf. l'édition de Klenze et Bœcking, p. 273, note p. — § ult. J. de obl. quæ quasi ex cont. — Paul, l. c. ajoute : « *item de modo agri, cum a venditore emtor deceptus est;* » mais il est certain qu'ici le double n'est pas dû seulement dans le cas de dénégation. L'action de dépôt n'est donnée, en général, qu'au simple; elle n'est donnée au double que dans le cas de dépôt nécessaire et pour cause de dol, § 17, J. de act. L. 1, § 1, D. dep. (16, 3), conf. avec Coll. X, 7 f. Hollweg, Vers. p. 265 et suiv. note 20. Le § 26, J. et Théoph. de act. pourrait toutefois donner lieu à des difficultés. Voy. aussi M. Ducaurroy, l. c. nº 1371, 1242 et 1234.

[7] § ult. J. de ob. quæ quasi ex cont. L. 4, C. de cond. ind. (4, 5).

[8] § ult. J. cit. § 26, J. de act. § 1, J. h. t. L. 23, § 10, D. ad leg. Aq. (9, 2). L. 20, § 1, de her. pet. (5, 3). L. 4, C. de lege Aq. (3, 35).

[9] Gaius, II, 282.

[10] L. 46, § 7, C. de episc. (1, 3) § ult. J. cit. § 19 f. 23 f., 26 f. J. de act. § 1, J., h. t.

2° Dans les cas où il n'y avait lieu ni à la *sponsio*, ni à la peine du double, et où l'action n'était pas pénale par elle-même [11], le préteur permettait au demandeur d'exiger du défendeur le serment qu'il ne se défendait pas de mauvaise foi [12]; on appelait ce serment *juramentum calumniæ;* d'après Justinien, tout défendeur y était soumis de plein droit [13].

3° Dans plusieurs actions la condamnation entraîne l'infamie. Ces actions portent le nom de *judicia summæ existimationis* ou de *turpia;* Cicéron citait déjà comme telles les actions de tutelle, de société, de mandat et de fiducie [14]; par action de fiducie il ne faut pas seulement entendre l'action qui résulte du *depositum fiducia contractum* [15]. L'édit du préteur désigne comme infamantes l'action *pro socio*, la directe de tutelle, les actions de mandat et de dépôt, et les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol; ces dernières, reposant sur un délit, entraînent l'infamie, non-seulement lorsqu'elles ont été suivies d'une condamnation, mais encore lorsqu'elles ont été terminées par une transaction (*non solum damnati, sed etiam pacti* [16]). Cet édit n'énumère pas, parmi les actions infamantes, l'action *sepulcri violati* [17], ni celle relative à une *expilata hæreditas* [18], quoique cependant elles doivent y figurer; sans doute parce que ce sont des actions résultant d'un délit, qui sont modifiées. C'est ainsi encore que la femme qui a obtenu une *missio in bona*,

[11] Gaius, IV, 173. On pourrait aussi considérer comme constituant une peine pour les défendeurs téméraires la condamnation à une valeur supérieure à ce qui est dû, prononcée, dans les actions arbitraires, contre un défendeur qui s'opiniâtre à ne pas obéir au *jussus*; voy. *supra*, § 68, notes 7 et 8.

[12] Gaius, IV, 172. L. 44, § 4, D. fam. erc. (10, 2).

[13] L. 2, pr. C. de jurejur. propter calumn. dando (2, 59). § 1, J. h. t.

[14] Cic. pro Cæcin. c. 3, pro Rosc. A. c. 38 sqq. pro Rosc. C. c. 6.

[15] Dans la Tab. Her. ed. Marez. p. 55, et p. 137, l'action de fiducie est aussi infamante.

[16] Gaius, IV, 182. § 2, J. h. t. L. 1, D. de his qui not. (3, 2). Gaius, IV, 60.

[17] L. 1, D. de sepulc. viol. (47, 12).

[18] L. 12, C. ex quib. caus. inf. (2, 12).

par suite d'une simulation de grossesse, est regardée aussi comme infâme [19].

§ CLXXX. — *Continuation.*

II. En ce qui concerne le demandeur. — Le défendeur était garanti contre la mauvaise foi du demandeur par le *judicium calumniæ* et le *judicium contrarium*, par le serment et par la *restipulatio* [1].

1° Le *judicium calumniæ* [2] était accordé contre tout demandeur qui avait intenté un procès par pure chicane; il pouvait être introduit soit pendant le procès principal, soit après [3]; il tendait à faire condamner le demandeur au dixième de la valeur de l'objet de son litige, et, à l'occasion des interdits, au quart [4]. Mais, pour obtenir ce dixième ou ce quart, il fallait que le défendeur démontrât la chicane de son adversaire; et en cela le *judicium calumniæ* différait du suivant.

2° Le *judicium contrarium*, qui concourait avec le précédent, était accordé contre le demandeur par cela seul qu'il avait échoué; mais il ne l'était que dans des cas rares, par exemple, lorsque le demandeur avait succombé dans une action d'injure, et alors il était condamné aussi au dixième de l'objet de sa demande : il était donné aussi contre une femme qui s'était fait envoyer, par dol, pour cause de grossesse, dans une possession de biens qu'elle avait transférée à une autre personne, et enfin contre celui qui avait soutenu à tort avoir été empêché de mettre à exécution un envoi en possession qui lui avait été octroyé par le préteur; dans ces deux cas l'objet du *judicium contrarium* était le cinquième [5]. Ces deux différents *judicia* semblent devoir leur origine à l'édit du préteur.

[19] L. 15-19, D. de his qui not.
[1] Gaius, IV, 174.
[2] Heffler, Obs. 25.
[3] Arg. Theoph. ad § 1, J., h. t. (4, 16).
[4] Gaius, IV, 175, 176, 178. § 1, J. cit. Consult. c. 6, dans le jus civ. Antej. p. 1185, 1188. Voy. aussi L. 31, C. de lib. caus. (7, 16).
[5] Gaius, IV, 177-179.

3° La *restipulationis pœna* était encourue également par le demandeur par cela seul qu'il avait échoué : de même aussi elle n'était appliquée que dans certains cas [6]; mais jamais elle ne l'était dans les hypothèses où le *judicium contrarium* avait lieu [7]. Elle correspondait à la *sponsionis pœna* du défendeur [8], et concourait avec le *judicium calumniæ*.

4° Avec la *restipulationis pœna* concourait aussi le serment [9]. Tout défendeur avait, en effet, le choix d'intenter le *judicium calumniæ*, et de se faire promettre, en conséquence, dans une *restipulatio*, le dixième ou le quart de l'objet litigieux [10], ou d'exiger seulement du demandeur, dès le principe, le serment qu'il n'actionnait pas *calumniæ causa ;* mais alors le *judicium contrarium* lui échappait [11]. La condamnation à la *decima pars litis* n'était plus en usage sous Justinien, ainsi que l'affirme cet empereur [12]; mais le *juramentum calumniæ* [13], au contraire, était devenu d'un usage général, tant pour les actions que pour les interdits [14], et dans les actions en partage, où chacun était soumis au *juramentum de calumnia* [15]. Ce serment pouvait être même imposé à celui qui

[6] Gaius, IV, 180, conf. IV, 13, et Cons. l. c. p. 1488.
[7] Gaius, IV, 180 f.
[8] Gaius, IV, 165-167.
[9] Gaius, IV, 181.
[10] Consult. l. c.
[11] Gaius, IV, 176, 179.
[12] § 1 f. J. h. t.
[13] Goldschmidt, Abh. p. 31-36. Malblanc, de jurejur. ed. 2, p. 252 sqq.
[14] L. 15, D. ad exhib. (10, 4).
[15] L. 44, § 4, D. fam. erc. (10, 2) : « Qui familiæ erciscundæ, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei, et ideo jurare debent, non calumniæ causa litem intendere, et non calumniæ causa ad inficias ire. » On a beaucoup discuté la question de savoir si ce passage n'était pas interpolé, attendu que c'est Justinien le premier qui a imposé à tout demandeur et à tout défendeur l'obligation du serment; voy. *supra*, § 179, n° 2, et *infra*, note 23. Aussi a-t-on vu, dans les cas nombreux de l'ancien droit où le *calumniæ juramentum* se rencontre, seulement des exceptions, Bynkershock, Obs. VII, 9. Mais les commentaires de Gaius ont levé tous les doutes à ce sujet; car on y trouve que, lorsque l'adversaire l'exigeait, ce serment devait être prêté.

demandait une représentation de registres ou de comptes [16]; à celui qui déférait le serment (*supra*, § 127, note 12) : à celui qui, pouvant garantir le *vadimonium* à Rome, voulait le garantir dans son municipe [17]; aux créanciers qui voulaient de nouveau faire un examen des titres du débiteur dans les biens duquel il y avait eu envoi en possession [18]. C'était en général le seul moyen de réprimer la témérité de ceux qui sollicitaient une décision *extra ordinem;* de même celui qui exigeait une *cautio damni infecti* [19], ou qui faisait une dénonciation de nouvel œuvre, devait prêter le serment *de calumnia* [20].

De tous les moyens exposés jusqu'ici, tendant à réprimer la témérité des plaideurs, il n'est resté dans le droit de Justinien que le serment, avec une peine *de calumnia* [21], mais qui n'est plus la même que l'ancienne [22]. Justinien a même déterminé quatre sortes de prestations de serment pour cet

[16] L. 6, § 2, L. 9, § 3, D. de edend. (2, 13). L. 3, C. quemadm. test. (6, 32).

[17] L. 8, § 5, D. qui satisd. cog. (2, 8).

[18] L. 15, § 1, de reb. auc. jud. (42, 5).

[19] L. Gall. Cisalp. c. 20. L. 13, § 3, de damn. (39, 2).

[20] L. 5, § 14, D. de op. nov. nun. (39, 1).

[21] L. 4, C. de fruct. et lit. exp. (7, 51) : Non ignoret is, cujus ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minime actioni suæ adfuerit, vel delata non probaverit : *pro calumnia* quidem *pœnam luat legibus constitutam*, pro pecuniaria vere causa, post sumtus etc., condemnationem pro æstimatione judicis sustinebit. Conf. § 1, J. h. t. : — Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit : quæ in partem decimam litis actores mulctabat, quod nunquam factum esse invenimus. — Toutefois on trouve bien, de temps à autre, une peine publique *de calumnia*, voy. L. 39, § 1, D. de lib. caus. (40, 12). Paul, 1, 5, § 2. Dans une constitution (restituée) de Zénon, L. 5, C. de fruct. et lit. exp., il est permis au juge d'infliger à celui qui condamne aux frais la peine du dixième en faveur du fisc, suivant les circonstances. Dans la Novelle 112, c. 2, il est encore question d'une *decima pars*, qui doit être assurée au demandeur à titre d'indemnité. Voy. *infra*, § 181.

[22] § 1, J. cit.

objet [23]. D'abord il veut que celui qui demande à faire une preuve prête le serment *de calumnia* [24]. Après avoir prescrit le serment aux juges et aux avocats [25], il publia une constitution très-développée [26] sur le serment que devaient prêter les parties avant les avocats, pour lequel il modifia les anciens principes à ce sujet, seulement en ce qu'il voulut que le serment fût prêté de plein droit, sans demande de la partie adverse; les parties ne pouvaient même s'en dispenser [27]. Ce serment des parties remplaça l'ancienne *actio calumniæ*, qui du reste était tombée en désuétude [28]; mais, en outre, tout autre serment fut conservé [29]. Si le demandeur refusait ce serment, l'action lui était refusée; si c'était le défendeur, il était considéré comme *confessus* [30]. D'après une décision postérieure, la formule du serment devait encore contenir que l'on ne demanderait aucune preuve que l'on ne regarderait pas comme indispensable [31]. En dernier lieu il fut exigé, en outre, des parties, le serment qu'elles n'avaient cherché à gagner personne pour le succès de leur cause [32].

§ CLXXXI. — *Des frais.*

Du temps de la république, la justice était administrée gratuitement par le magistrat et par le juge [1]; les avocats ne devaient pas recevoir d'honoraires (§ 166, *supra*): un procès

[23] C. de jurej. propt. cal. dando (2, 60).

[24] L. 1, pr. C. h. t.

[25] L. 14, pr. § 1, C. de jud. (3, 1).

[26] L. 2, C. h. t. Comme cette constitution a été publiée le 4 des calendes d'août de l'année 534, par conséquent après les Institutes, la constitution à laquelle se réfère le § 1, J. h. t., doit être plus ancienne: cette ancienne aura été, sans doute, remplacée par celle-ci; c'est une *repetita prælectio*.

[27] L. 2, pr. § 4, C. h. t. § 1, J. h. t.

[28] L. 2, cit. § 8. § 1 f. J. cit.

[29] L. 2, § 2, C. eod. L. ult. C. de fideic. (6, 42).

[30] L. 2, cit. § 6, 7.

[31] Nov. 49, c. 3.

[32] Nov. 124, c. 1.

[1] Almendingen, dans le Mag. de Grolman, t. 1, p. 302.

n'entraînait donc d'autres frais que ceux que nécessitaient les voyages, l'audition des témoins et d'autres moyens d'instruction; or leur recouvrement s'opérait conformément aux principes généraux sur les dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts devaient être payés par la partie qui succombait, du moins sous les empereurs, de l'époque desquels seulement nous avons, à ce sujet, des renseignements positifs. Celui qui avait plaidé témérairement devait indemniser son adversaire de ces *viatica* et *sumtus litis* [2]. Quant aux frais de procédure, *sportulæ*, il en est question sous les empereurs chrétiens [3]; on entend par là [4] « *ea quæ* CONSUETO MODO *circa lites expenduntur*, ».les SOLITÆ *expensæ litium* [5], lesquels comprennent, dans tous les cas, les honoraires des avocats [6], qui certes alors étaient beaucoup plus considérables qu'autrefois.

Dans le droit de Justinien on retrouve encore proclamé l'ancien principe « *ut* IMPROBUS *litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur* [7]. » Mais par *improbus*, il faut entendre, dans le doute, la partie qui succombe, puisque, dans les constitutions des empereurs chrétiens, le principe que celui qui succombe doit payer les frais à celui qui triomphe, était admis sans aucune distinction [8]. Valentinien, Valens et Gratien avaient spécialement décidé que celui qui est condamné doit payer les frais quand même le juge n'aurait pas statué à cet égard, et que chacune des parties doit, au commencement du procès, donner caution pour assurer ce payement [9]. Mais Honorius et Théo-

[2] L. 79, pr. D. de jud. (5, 1).

[3] Tit. C. de sportulis et sumptibus in diversis judiciis fac. (3, 2). Almend. p. 302-305.

[4] Tit. C. Th. de fruct. et litis expens. (4, 18). C. de fruct. et litium exp. (7, 51).

[5] L. 13, § 2, 6, C. de jud. (3, 1).

[6] L. 13, § 9, L. 15, C. eod.

[7] § 1 f. J. de pœna tem. lit.

[8] L. 1 f. C. Th. de fruct. L. 5, init. C. eod. (restituée par Cujas, Obs. XII, 21). L. 13, § 6, C. de jud. Nov. 82, c. 10.

[9] L. 1, C. Th. cit.

dose II voulurent, au contraire, que les frais ne fussent dus par la partie qui succombait que quand le juge s'était prononcé à ce sujet, et que dans le cas contraire les frais fussent compensés [10]. Quant à la constitution postérieure, d'après laquelle celui qui, par sa faute ou par sa négligence, avait occasionné des lenteurs, devait être passible des frais frustratoires qui en avaient été la suite [11], elle n'était qu'une application des principes généraux. D'après une constitution de Zénon [12], non-seulement la partie qui succombe doit être condamnée aux frais du procès, mais encore le juge doit réparer le tort qu'il a causé par sa négligence : cette constitution a été confirmée par Justinien [13]. D'après cette constitution, il n'y aurait plus eu de compensation tacite des frais. Mais ensuite Zénon modifia sa constitution en disant que celui qui succombe ne doit pas être condamné aux frais lorsque la question litigieuse était douteuse, et lorsqu'on ne peut lui reprocher de chicane. Justinien a donné, en général, son assentiment à cette décision [14]. D'après cela, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, lorsque les parties avaient plaidé *bona fide*, elles supportaient chacune leurs frais : seulement dans les derniers temps la partie qui succombait y était condamnée en règle générale ; par conséquent le contraire n'était plus qu'une exception [15]. En outre Justinien a décidé que, si la sentence avait été rendue *in contumaciam*, le *contumax* devait supporter les frais quand même il aurait gagné son procès [16] ; mais la partie adverse devait affirmer par serment quelle était la somme à laquelle s'élevaient les frais qu'elle avait exposés (*juramentum expensarum* [17]). Et même si celui qui avait refusé de se

[10] L. 2, C. Th. ou L. 3, C. eod.
[11] L. 4, C. eod. (7, 51).
[12] L. (restit.) 5, C. cit. conf. Nov. 82, c. 10.
[13] L. 13, § 6, C. de jud. (3, 1).
[14] Nov. 82, c. 10.
[15] Gensler, Handb. zu Martins, bürg. Proz. p. 248 et suiv.
[16] L. 13, § 2-5, C. de jud.
[17] L. 13, § 6, eod.

présenter devant le juge s'y rendait ensuite avant la fin de la procédure de contumace, il n'était admis à y faire valoir ses moyens qu'après avoir payé les frais faits jusque-là, sur la fixation faite avec serment par son adversaire, mais que le juge pouvait modérer [18]. D'après une décision ultérieure, la fixation des frais devait précéder le serment; et le juge, s'il pensait que les frais ne devaient pas être supportés par la partie qui succombait, à cause du caractère spécial de la cause, devait l'exprimer dans la sentence [19].

Parmi les priviléges accordés par les empereurs chrétiens à certaines personnes à cause de leur position sociale, ou à certains établissements [20], figure l'affranchissement, en partie [21] ou en totalité [22], des frais d'un procès. Quelquefois cette faveur était accordée *per speciales largitiones*, dans certains cas particuliers [23]. Mais, pour que les personnes privilégiées n'abusassent point de cet avantage en poursuivant des personnes non privilégiées, Anastase voulut que celles-ci eussent alors la même prérogative [24]. Les pauvres, comme tels, dans aucun cas n'appartenaient à la classe des personnes privilégiées [25]. Il paraît que, depuis longtemps, les avocats devaient les défendre gratuitement [26]; mais il n'y avait pas de dispo-

[18] L. 15, C. eod.

[19] Nov. 82, c. 10. Voy. aussi *supra*, § 150, *in fine*.

[20] L. 6, C. de fruct. (7, 51): Cum quidam *per leges sacrasque constitutiones*, alii per speciales largitiones sibi præstita privilegia prætendunt, tam super sportulis pro conventionibus usque ad certam quantitatem præbendis, quam super expensis litium, vel minuendis vel penitus non agnoscendis, etc. — Linde, Zeits. f. Civilr. u. Proz. t. 1, cah. 1, p. 63.

[21] Léon et Anthemius, L. 28, § 2, L. 33, § 5, de episc. et cler. (1, 3). Zénon, L. 8, C. de principib. agent. in reb. (12, 22). Anastase, L. 12, § 1, C. de prox. sacr. scrin. (12, 19). L. 18, § 2, C. de re mil. (12, 36). L. 6, C. cit. Justinien, L. 29, § 1, C. de episc. aud. (1, 4). Nov. 123, c. 28.

[22] Justinien, L. 7, § 6, C. de advoc. div. jud. (2, 8). Nov. 123, c. 28 f.

[23] L. 6, C. cit.

[24] L. 6, C. cit. L. 12, § 4, C. de prox. sacr. scrin. (12, 19).

[25] Linde, p. 64 et suiv.

[26] Cela résulte de ce que le juge devait donner un avocat d'office à une

sition précise à ce sujet : seulement une novelle de Justinien prescrit de rendre justice aux pauvres gratuitement ; mais cette novelle ne le prescrit ainsi qu'à l'occasion d'affaires de peu d'importance [27]. Au reste personne ne pouvait être contraint de faire des avances à son adversaire [28].

§ CLXXXII. — *Du droit de se faire justice soi-même.*

Du moment qu'il y a une organisation sociale qui garantit à chacun la jouissance de ses droits, il ne doit plus être permis au simple particulier de chercher à réparer lui-même l'atteinte qui lui est portée. Ce principe, conservateur de toute société, exerçait déjà son empire dans les temps les plus reculés de Rome ; ce qui le démontre, c'est qu'alors toute contestation devait emprunter les formes symboliques de la procédure ; c'est encore que, dans les cas rares où une espèce de justice privée était permise, elle ne l'était que sous la condition de se soumettre à des règles déterminées (*pignoris capio*), et pour introduire une contestation juridique ; c'est enfin que les véritables cas de défense légitime n'étaient qu'exceptionnels et subordonnés à certaines conditions, comme étant les dernières traces de l'état de nature [1]. Les XII Tables, en effet, déclarent *jure cæsum* celui qui a été tué surpris la nuit en flagrant délit [2] de vol, ou surpris de jour dans le même délit étant armé [3], pourvu que, dans les deux cas,

partie en cas de nécessité, ainsi que nous l'avons vu *supra*, § 165, note 10, et de la L. 13, § 9, C. de jud. (3, 1) : honorariis scil. a clientibus, *qui dare possunt*, disertissimis togatis omnimodo præstandis.

[27] Nov. 17, c. 3.

[28] L. 17, D. de tut. et rat. (27, 3). Gensler, l. c. p. 224-230.

[1] Voy. Fr. D. Sanio ad leg. Cornel. de sicariis, P. I. Regiom. 1827, 8, p. 19 sqq.

[2] Macrob. Sat. I, 4. Rubr. Gell. VIII, 1.— Gell. XI, 18. Coll. VII, 2, 3. Cic. pro Tull. c. 47 sqq. ed. H. Cic. pro Mil. c. 3. Quinct. I, O. V, 14. Senec. Contr. X, c. ult. L. 4, § 1, D. ad leg. Aq. (9, 2). Augustin. II, Quæst. in Exod.

[3] Cic. pro Tull. l. c. L. 54, § 2, D. de furt. (47, 2). Gell. XI, 18. Coll. l. c. Cic. pro Mil. et Quinct. ll. cc. L. 4, § 1, D. cit. — L. 233, § 2, D. de verb. sig. (50, 16).

il ait été tué sur place, et après qu'un cri d'alarme avait été jeté [4]. La condition que le voleur de jour fût armé, pour qu'on pût le tuer impunément, a été étendue ensuite au voleur de nuit [5]. Quant au droit, fort ancien sans doute, de tuer l'adultère en flagrant délit [6], la loi *Julia de adulteriis* ne l'accorde qu'au père qui le surprend avec la fille qu'il a sous sa puissance, et au mari lorsque celui qu'il surprend avec sa femme est de bas étage, pourvu que ce soit sur-le-champ [7].

La prohibition de se faire justice soi-même n'était pas écrite dans la législation romaine, elle résultait de la nature des choses; et réciproquement on ne trouve nulle part proclamé le droit de légitime défense, il ne pouvait pas faire question; seulement les jurisconsultes ont admis dans la doctrine cette prohibition et ce droit, comme étant dictés par la *naturalis ratio* [8]. Au reste, lorsqu'une personne recourait à des voies de fait pour obtenir justice, du moment que ces voies de fait ne constituaient pas un délit, elles n'entraînaient pour elle d'autre résultat fâcheux que l'inefficacité [9]. Plusieurs de ces voies de fait tombaient sous le coup de la loi *Julia de vi;* d'autres donnaient lieu à des actions privées telles que les interdits, l'action *vi bonorum raptorum*, etc. [10]. Enfin toute voie de fait, qui auparavant échappait à l'action

[4] On aurait pu douter que cette dernière condition se trouvât dans la loi des XII Tables, d'après le passage de Gaius, L. 4, § 1, D. cit. Voy. Dirksen, XII T. p. 567 et suiv.; mais on ne peut plus en douter d'après Cic. pro Tull. c. 50, voy. Sanio, p. 20 sq.: de même il est évident que l'expression *endoqueplorato*, de Festus, v. *sub vos placo*, appartient ici; voy. Ed. Huschke, ad Cic. l. c. Anal. p. 171 sq.

[5] L. 9, D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8) avec L. 5 pr. D. ad leg. Aq.

[6] Sanio, p. 47 sqq.

[7] Coll. IV, 2, 3, 12. Paul. II, 26, § 1 sqq. L. 20 — L. 25, L. 32, L. 42, D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). L. 4, C. eod. (9, 9).

[8] Cic. pro Mil. c. 3 sqq. c. 11 sqq. L. 1, § 27, 28, D. de vi (43, 16). L. 4 pr. L. 45, § 4, D. ad lég. Aq. (9, 2).

[9] Conf. C. Fr. Walch, Exerc. de historia juris civ. de vindicta privata, opusc. t. I, p. 396-401. Linde, Zeits. f. Civilr. und. Proz. t. 1, p. 396 et suiv.

[10] Linde, p. 397-399.

publique ou à l'action privée, la *vis* dans le sens le plus étendu, toute tentative de se rendre justice sans l'autorité du juge, fut réprimée pour la première fois par Marc-Aurèle, qui infligea, pour ce cas, une peine privée indépendante de la peine publique à laquelle elle pouvait être soumise [11]; il la réprima à l'occasion d'un certain Marcien qui s'était emparé, de sa propre autorité, d'une chose qui lui était due, en lui faisant perdre son *jus crediti* [12]. Ce décret de Marc-Aurèle, non-seulement fut appliqué avec extension dans la suite, mais encore reçut légalement des développements sous les empereurs chrétiens. Il paraît n'avoir eu trait qu'aux choses mobilières [13], parce que, d'après une constitution de Constantin, celui qui s'était emparé violemment d'une chose immobilière, lorsqu'il n'y avait aucun droit, était puni de la déportation et de la confiscation de ses biens; et, lorsqu'il y avait droit, il perdait la moitié de ce même immeuble, laquelle était dévolue au fisc [14]. L'empire de cette constitution n'a point eu de durée, car les empereurs qui vinrent ensuite décidèrent que celui qui se mettrait en possession d'une chose par voie de fait perdrait tout droit à cette chose : puis Valentinien, Théodose I[er] et Arcadius décidèrent que celui qui se mettrait en possession d'une chose par violence [15] perdrait

[11] Nov. 60, c. 1 : « — Sicut Marcus Philosophus Imper. in legibus suis scripsit. » Ajoutez à cela que les jurisconsultes postérieurs à Marc-Aurèle admettent le concours de la peine publique et de la peine privée pour le cas de voie de fait, L. 8, D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7); peu importe que l'on voie une addition faite par Justinien à la L. 12, D. quod met. (4, 2), dans ces mots : « *et jus crediti amisisse.* » Linde, p. 411-415.

[12] Voy. L. 7, D. ad leg. Jul. de vi priv. Le développement que reçut ce décret, dans la L. 13, D. quod met. caus., tient à une extension postérieurement admise; les L. 24, D. quæ in fraud. cred. (42, 8), L. 6, C. de sep. viol. (9, 19), L. 7, cit., démontrent que le décret lui-même n'était pas restreint originairement à un *genus debitum* : Linde, p. 401-404.

[13] Galvan. de usufr. c. 40, § 5. Linde, p. 408-411.

[14] L. 3, C. Th. ad leg. Jul. de vi (9, 10).

[15] Le mot *vis* doit évidemment ici être pris dans le sens étendu qu'il présente dans le décret de Marc-Aurèle. Linde, p. 405 et suiv.

sa possession et son droit, s'il en avait un; que s'il n'avait aucun droit, non-seulement il restituerait la chose dont il s'était emparé, mais encore il payerait la valeur de cette chose à celui qu'il en avait dépouillé, à titre de peine [16]. Par cette constitution, la peine infligée à la voie de fait paraît avoir été appliquée aussi à la dépossession des immeubles [17]: dès lors elle est relative aussi bien aux droits réels qu'aux droits personnels, et même au cas où le coupable n'a aucun droit, par conséquent à l'hypothèse où l'on ne peut pas supposer qu'il entend se rendre justice lui-même. Une constitution de Constantin était relative à une voie de fait de cette dernière espèce; elle portait que celui qui chercherait, en dépassant les limites de sa propriété, à empiéter sur la propriété d'autrui, perdrait de sa propriété autant de terrain qu'il avait voulu en prendre à son voisin [18]. En ceci Zénon va plus loin que ses prédécesseurs; il considère comme usurpateurs, *invasores*, le locataire et celui qui détient *precario*, qui refusent de restituer au propriétaire les immeubles qu'ils tiennent de lui, et qui ne cèdent qu'à une condamnation; en conséquence il veut qu'on les condamne non-seulement à restituer ces immeubles, mais encore à en payer la valeur au propriétaire [19]. Enfin Justinien paraît avoir étendu implicitement le décret de Marc-Aurèle [20] au cas où quelqu'un, ayant à réclamer une somme, en général un *genus*, a voulu se payer lui-même en s'emparant d'une chose ou d'une somme appartenant à son débiteur. Il y a encore d'autres constitutions de Justinien, qui même

[16] L. 1, C. Th. si cert. pet. de suffr. (2, 29). — L. 2, C. Th. unde vi (4, 22). L. 6, C. eod. (8, 4). — L. 3, C. Th. eod. L. 7, C. eod. — L. 2, § 3, C. Th. si cert. pet. de suffr. L. un. § 3, C. de suffr. (4, 3). Conf. § 1, J. de vi bonor. rapt. (4, 2). § 6, J. de interd. (4, 15).

[17] Linde, p. 406-408.

[18] L. 2, C. Th. fin. reg. (2, 26). L. 4, C. eod. (3, 39).

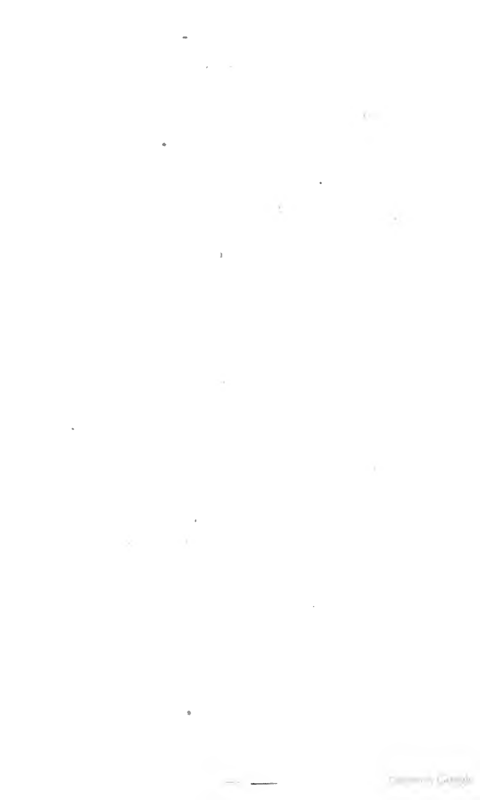
[19] L. 34, C. de loc. (4, 65). L. 10, C. unde vi (8, 4). Marezoll, dans le Magaz. de Lœhr, t. 4, p. 375.

[20] Par une interpolation faite dans la L. 13, D. quod met. caus. Conf. avec L. 7, D. ad leg. Jul. de vi. Conf. *supra*, note 12, et Linde, p. 415.

révèlent une grande sévérité, et pour cela sont dignes de remarque, lesquelles concernent certains cas spéciaux de voies de fait exercées pour se rendre justice soi-même, ou sans un motif quelconque [21].

[21] Nov. 60, præf. c. 1 et 2. Nov. 131, c. 7. — Nov. 52, c. 1.

FIN.



APPENDICE.

—

Des *controversiæ agrariæ*.—Aux paragraphes 42, p. 116, et 142, p. 422, il est question d'*arbitri* qui recevaient du préteur la mission de statuer sur certaines affaires où des connaissances spéciales étaient exigées. Mais M. Zimmern n'a rien dit des *agrimensores* qu'à la page 116, note 9; or c'est cette lacune qu'il nous faut maintenant combler en peu de mots.

Quinze espèces de controverses exigeaient l'intervention d'*agrimensores* qui, en qualité d'experts, prononçaient d'après les règles spéciales de leur art[1].

La première controverse était relative à la position des bornes. Il y avait des bornes à placer dans les *agri limitati* d'abord, tant aux limites des centuries qu'à la ligne qui séparait chaque lot de terre (*termini comportionales*) : dans les *agri arcifinii*, *occupatorii*, il y avait aussi des bornes à placer : ici les limites à fixer résultaient, non de l'autorité publique comme pour les *agri limitati*, mais de l'autorité privée; elles avaient pour but d'indiquer la contenance primitive[2].

La seconde controverse avait pour but de déterminer la largeur du *rigor*, c'est-à-dire du sillon qui devait aller directement d'une borne à l'autre[3].

[1] Frontin, de Controv. p. 41, 42, 43, et Aggenus, p. 56, 66, 67, établissent une distinction bien tranchée entre le *jus ordinarium* et l'*ars mensoria*.

[2] Voy. Frontin, p. 49. Aggenus, p. 51, 77. L. 8, § 1, D. fin. reg. (10, 1). Hyginus, p. 156, et Siculus Flaccus, de condit. agr. p. 4.

[3] Frontin, p. 31, 38 et 40. Aggenus, p. 46 et 47. Hyginus, de limit. const. p. 198, et Siculus Flaccus, p. 5, 6 et 13.

La troisième controverse concernait la limite de cinq ou de six pieds de large, établie par la loi Mamilia [4].

La quatrième, relative au terrain (*locus*) qui pouvait excéder les cinq pieds de largeur de la loi Mamilia, ne devait être soumise aux *agrimensores* qu'autant qu'elle ne touchait pas à une question de propriété [5].

La cinquième tendait à déterminer la contenance originaire du lot dans les terres assignées, ou la contenance énoncée au contrat, dans les terres non assignées [6].

La sixième concernait l'étendue des terres labourables, prés ou pâtures qui avaient été assignés; la septième avait trait à la possession; la huitième, à l'alluvion; la neuvième, au territoire d'un municipe ou d'une colonie; la dixième, aux *subcesiva*, à des terrains appartenant à une centurie, et qui n'avaient pas encore été assignés; la onzième, aux communaux du peuple romain ou des cités; la douzième, aux portions de terrain non comprises dans l'assignation des terres limitées; la treizième, aux *loca sacra et religiosa*; la quatorzième, au cours des eaux pluviales, lorsqu'une limite avait été déplacée par les eaux; la quinzième enfin, aux chemins qui séparaient les *agri limitati* [7].

[4] Frontin, p. 38 et 40. Hyginus, de gen. controv. p. 158. Aggenus, de controv. p. 45, 48, 54, 79. Siculus Flaccus, p. 3, 13. L. 4, C. Th. fin. reg. L. 11, D. ib. (10, 1). L. 2, C. fin. reg. (3, 39). Cic. de leg. 1, 21. L. 8, § 1, D. (10, 1).

[5] Frontin, p. 40. Hyginus, Rh. Mus. t. 7, p. 162-166. Aggenus, p. 53, 54, 70, 80. L. 3, 5, C. Th. fin. reg. (2, 26).

[6] Frontin, p. 40. Hygin, de controv. agr. Aggenus, p. 54, 80-82. L. 7. D. fin. reg.

[7] Voy. sur tout cela Walter, Histoire de la procédure civile (Laboulaye), p. 114-121.

TABLE

DES

DIVISIONS ET SUBDIVISIONS.

Pages.

Préface. v
Bibliographie. 1
§ Ier. — Avant-propos. 3

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

CHAPITRE PREMIER. — DU PERSONNEL.

TITRE PREMIER. — JUSQU'A LA DISPARITION DU SYSTÈME FORMULAIRE.

SECTION PREMIÈRE. — Coup d'œil général sur la magistrature.

§ II. — Introduction. 6
§ III. — Rome et les provinces. 10
§ IV. — L'Italie et l'Égypte. 14
§ V. — Des magistrats municipaux sous les empereurs. 17
§ VI. — Du lieu et du temps où se rendait la justice. 19
§ VII. — Du *consilium*, des assesseurs, de l'*auditorium*. 21

SECTION II. — Des *judices*.

§ VIII. — Introduction. 24
§ IX. — De l'état et des listes des juges. 26
§ X. — Choix et nomination des juges. 29
§ XI. — Du *judicium* commun à plusieurs. 30
§ XII. — Du *judiciale munus*. 33
§ XIII. — Des juges après leur nomination. — De leur serment. — Du lieu où se faisait le *judicium*. 34
§ XIV. — Des centumvirs. — De leur origine, et des décemvirs *litibus judicandis*. 36

§ XV. — Organisation du tribunal centumviral. 40
§ XVI. — Procédure devant le tribunal centumviral. — Chute de ce tribunal. 44
§ XVII. — Des récupérateurs. 45
§ XVIII. — Du juge pédané. 51

TITRE II. — DU PERSONNEL DEPUIS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

§ XIX. — Introduction. 54
§ XX. — Des magistrats supérieurs dans les provinces. 55
§ XXI. — Assesseurs. — *Secretaria.* — *Auditoria.* 57
§ XXII. — Des autorités locales à Rome et dans les provinces. 58
§ XXIII. — Continuation. — Des juges pédanés; des défenseurs. 60
§ XXIV. — Juridiction ecclésiastique. 63
§ XXV. — De la juridiction militaire. 66

CHAPITRE II. — DE LA COMPÉTENCE.

§ XXVI. — Ancien droit. 67
§ XXVII. — Sous les empereurs avant Constantin. 70
§ XXVIII. — Continuation. — *Fora* spéciaux. 72
§ XXIX. — Principes nouveaux de compétence sous les empereurs chrétiens. 75
§ XXX. — De la juridiction déléguée. 78
§ XXXI. — De la récusation des magistrats. 80

DEUXIÈME PARTIE.

DES ACTIONS, DES MOYENS DE DÉFENSE, DES RESTITUTIONS EN ENTIER.

CHAPITRE PREMIER. — DES ACTIONS.

TITRE PREMIER. — DES ACTIONS EN GÉNÉRAL.

§ XXXII. — Des actions de la loi. 84
§ XXXIII. — Des actions de la loi. — Des formules. 86
§ XXXIV. — *Legitima* et *imperio continentia judicia.* 88
§ XXXV. — Des actions de la loi depuis la loi *Æbutia.* 91
§ XXXVI. — Des causes centumvirales. 92
§ XXXVII. — Des *causæ recuperatoriæ.* 97

TITRE II. — DES DIVERSES SORTES D'ACTIONS.

SECTION PREMIÈRE. — Actions de la loi.

§ XXXVIII. — 1° *Actio sacramenti.* 100
§ XXXIX. — *Vindicatio.* — Introduction. 105

§ XL. — Des *vindiciæ* en particulier. 108
§ XLI. — De la *deductio*. 111
§ XLII. — 2° De la *judicis postulatio*. 113
§ XLIII. — 3° De la *condictio*. 117
§ XLIV. — 4° De la *manus injectio*. — Introduction. 119
§ XLV. — De l'état des *addicti*. 121
§ XLVI. — Des *addicti* d'après la loi des XII Tables. 128
§ XLVII. — De la *manus injectio* à une époque postérieure. 132
§ XLVIII. — 5° De la *pignoris capio*. 136

SECTION II. — Des formules.

§ XLIX. — Introduction. 138

ARTICLE PREMIER. — De la conception des formules.

§ L. — Fictions des *legis actiones*. 140
§ LI. — *Formulæ in jus*, *in factum*, *conceptæ*. — *Partes formularum*. 142
§ LII. — Rédaction des parties de la formule. 144
§ LIII. — Des rapports des parties de la formule entre elles. 146
§ LIV. — Actions *in factum*. — Actions utiles. 149
§ LV. — *Præscriptio*, et action *præscriptis verbis*. 156
§ LVI. — *Condemnatio certæ* et *incertæ pecuniæ*. 160
§ LVII. — De la *certa taxatio* en particulier. 162
§ LVIII. — Des *sponsiones*. 165

ARTICLE II. — De chaque action en particulier.

§ LIX. — Introduction. 168
§ LX. — *Judicia* et *arbitria*. 171
§ LXI. — De la *certi condictio*. 174
§ LXII. — De la *condictio certi* et de la *condictio incerti*. 177
§ LXIII. — Des actions de bonne foi dans leur ensemble. 181
§ LXIII *bis*. — De la nature des actions de bonne foi. 183
§ LXIV. — Des actions réelles. — Introduction. — De la *sponsio*. 187
§ LXV. — De la formule pétitoire. 191
§ LXVI. — De la possession dans les actions réelles. — Du *liberale judicium*. 194
§ LXVII. — Des formules arbitraires. 199
§ LXVIII. — Continuation. — Des diverses actions arbitraires. 204
§ LXIX. — Des actions préjudicielles. 207
§ LXX. — Des actions prétoriennes (*in factum*). 210

ARTICLE III. — Des interdits.

§ LXXI. — Introduction. 212
§ LXXII. — Origine et signification des interdits. 218
§ LXXIII. — Énumération des interdits. 221

§ LXXIV. — Des interdits doubles. 225

SECTION III. — De quelques procédures où il n'est pas besoin de juge.

§ LXXV. — Introduction. 227

ARTICLE PREMIER. — Des envois en possession.

I. *Venditionis causa.*

§ LXXVI. — Signification et origine des envois en possession. 229
§ LXXVII. — Des diverses *missiones*. 234
§ LXXVIII. — Continuation. — De la cession de biens. 240
§ LXXIX. — Procédure de la *bonorum emtio*. 244
§ LXXX. — Des effets de la vente en masse. 248
§ LXXXI. — De la vente en détail (*distractio bonorum*). 250
§ LXXXII. — De la séparation des patrimoines. — Des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers. 252
§ LXXXIII. — Des créances privilégiées. 254

II. *Des autres envois en possession.*

§ LXXXIV. — De l'envoi en possession *custodiæ causa*. 258
§ LXXXV. — Des envois en possession d'objets particuliers. 261
§ LXXXVI. — III. Des *missiones* sous les empereurs chrétiens. 265

ARTICLE II.

§ LXXXVII. — Des stipulations prétoriennes. 269

ARTICLE III.

§ LXXXVIII. — *Res cognitionis*. 271

ARTICLE IV.

§ LXXXIX. — Disparition du *judiciorum ordo*. 272

ARTICLE V.

§ XC. — De toutes les actions depuis la suppression du *judiciorum ordo*. 275

CHAPITRE II. — DES MOYENS DE DÉFENSE; DES PRÉTENTIONS CONTRAIRES.

§ XCI. — Origine et définition des exceptions. 277
§ XCII. — Des rapports de l'exception avec l'action. 281
§ XCIII. — Des exceptions sous le rapport de la forme. 284
§ XCIV. — Des exceptions en elles-mêmes. 285
§ XCV. — Des exceptions dilatoires. 289
§ XCVI. — Des *præscriptiones* et des *præjudicia*. 292
§ XCVII. — Continuation. — Du but des *præscriptiones*. 297
§ XCVIII. — Quand les exceptions doivent-elles être proposées? 301

§ XCIX. — *Compensatio et deductio.* 304
§ C. — De la reconvention. 308

CHAPITRE III. — DES RESTITUTIONS EN ENTIER.

§ CI. — Introduction. 311
§ CII. — De la restitution *metus causa.* 315
§ CIII. — De la restitution pour cause de dol. 316
§ CIV. — Restitution pour cause de minorité. 317
§ CV. — *Status mutatio, error.* 318
§ CVI. — Restitution pour cause d'absence et d'autres empêchements. 320
§ CVII. — Délais de la restitution. 321

TROISIÈME PARTIE.

DES ACTES DE PROCÉDURE ET DES REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

CHAPITRE Ier. — DES ACTES DE PROCÉDURE.

SECTION Ire. — Des actes de procédure sous le système des actions de la loi.

§ CVIII. — *In jus vocatio.* 323
§ CIX. — De la *litiscontestatio.* 327
§ CX. — Du *judicium.* 329

SECTION II. — Des actes de procédure sous le système formulaire.

TITRE Ier. — DES ACTES DE PROCÉDURE DEVANT LE MAGISTRAT.

§ CXI. — I. *In jus vocatio.* 332

II. *Vadimonium, actionis editio, denuntiatio.*

§ CXII. — Du *vadimonium.* — Généralités. 335
§ CXIII. — *Actionis editio.* 339
§ CXIV. — Du *vadimonium.* 343
§ CXV. — Effets du *vadimonium.* 346
§ CXVI. — Continuation. — *Missio.* — Excuses. 348
§ CXVII. — Sort des *vadimonia.* — Des dénonciations. 349

III. *De la litiscontestatio.*

§ CXVIII. — Du caractère de la *litiscontestatio.* 351
§ CXIX. — Continuation. — De la *translatio judicii.* 355
§ CXX. — Des effets de la *litiscontestatio.* 358
§ CXXI. — Continuation. 361

§ CXXII. — Ce que comprend la *litiscontestatio*. 364
§ CXXIII. — De la *necessaria novatio*. 367
§ CXXIV. — Inaliénabilité de la chose litigieuse. 370

IV. *De ce qui remplace ou modifie la L. C.*

§ CXXV. — Des *interrogationes in jure*. 372
§ CXXVI. — De la *confessio in jure*. 376
§ CXXVII. — Du serment déféré devant le magistrat. 379

V. *Du temps où se rendait la justice.*

§ CXXVIII. — Des époques. — De la durée. 384
§ CXXIX. — Du temps où se rendait la justice ; des jours fériés. 388

TITRE II. — DES ACTES DE PROCÉDURE DEPUIS LA LITISCONTESTATIO.

§ CXXX. — Introduction. 389
§ CXXXI. — De la position du juge dans le procès. 392
§ CXXXII. — Des preuves. 394
§ CXXXIII. — De la preuve testimoniale. 397
§ CXXXIV. — Des preuves par titres. 399
§ CXXXV. — Du serment déféré *in judicio*. 402
§ CXXXVI. — Procédure contre les contumaces. 404
§ CXXXVII. — *Sententia ; res judicata*. 406
§ CXXXVII *bis*. — Effets matériels de la *res judicata*. 410
§ CXXXVIII. — *Judicati actio*. 412
§ CXXXIX. — *Rei judicatæ exceptio*. 414
§ CXL. — Continuation. 416
§ CXLI. — *Condemnatio in id quod facere potest*. 418

SECTION III. — De la procédure sans *judex*.

§ CXLII. — I. *Actiones extraordinariæ*. 421

II. *Changements apportés à la procédure ordinaire.*

§ CXLIII. — *Denuntiatio* et *rescripti editio*. 424
§ CXLIV. — De l'instance sans *denuntiatio*. 428
§ CXLV. — Ce qui est resté de l'ancienne procédure. 433
§ CXLVI. — De la *litiscontestatio* moderne. 434
§ CXLVII. — Du juge et de la preuve. 437
§ CXLVIII. — De la preuve par témoins. 439
§ CXLIX. — De la preuve par titres. 441
§ CL. — Du serment. 443
§ CLI. — De la contumace et de la péremption. 444
§ CLII. — Des jours fériés. 448
§ CLIII. — *Sententia*. — *Res judicata*. 450

CHAPITRE II. — DES REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

§ CLIV. — Introduction. 452

L. *Représentation.*

§ CLV. — Dans les actions de la loi. 453
§ CLVI. — Des représentants sous le système formulaire. 456
§ CLVII. — Des *cognitores* et des *procuratores*. 457
§ CLVIII. — Du *dominium litis*. 460
§ CLIX. — B. A l'égard du représenté ; et 1° à son préjudice. 462
§ CLX. — 2° Dans l'intérêt du *dominus*. 466
§ CLXI. — *Judicati actio* et *cautio*. 468
§ CLXII. — Droit nouveau sur les représentants. 472
§ CLXIII. — Des conditions voulues pour la représentation. 473
§ CLXIV. — II. De l'intervention. 475
§ CLXV. — Des avocats. 476
§ CLXVI. — Des honoraires des avocats. 480

QUATRIÈME PARTIE.

DES MOYENS DE SE POURVOIR, ET DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

CHAPITRE Ier. — DES MOYENS DE SE POURVOIR.

§ CLXVII. — Des nullités. 483
§ CLXVIII. — Moyens rescisoires. 486
§ CLXIX. — De l'appel. — Son origine. 490

De l'appel, du temps des jurisconsultes des Pandectes jusqu'à Dioclétien.

§ CLXX. — 1° Des magistrats compétents et des causes susceptibles d'appel. 493
§ CLXXI. — 2° De la procédure d'appel. 497
§ CLXXII. — De l'appel depuis Dioclétien : 1° des magistrats compétents. 501
§ CLXXIII. — 2° Des causes susceptibles d'appel. 504
§ CLXXIV. — 3° De la procédure. 508
§ CLXXV. — Continuation. — Introduction de l'instance d'appel. 511
§ CLXXVI. — Continuation. 516
§ CLXXVII. — *Supplicatio* ou *retractatio*. 519

CHAPITRE II. — DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

§ CLXXVIII. — *Pluris petitio*. 521
§ CLXXIX. — *Pœna temere litigantium*. 525

§ CLXXX. — Continuation. 528
§ CLXXXI. — Des frais. 531
§ CLXXXII. — Du droit de se faire justice soi-même. 535
Appendice. — Des *controversiæ agrariæ*. 540

FIN DE LA TABLE.

ERRATA.

Page 17, ligne 13, duumvirs, *au lieu de :* decumvirs.
25 — 24, il était de principe, ce que Cicéron, *au lieu de :* il était de principe, que Cicéron.
50 — 23, si elles ne recouraient pas, *au lieu de :* elles ne recouraient pas.
74 — 21, il est douteux, *au lieu de :* il était douteux.
81 — 11, être distraite, *au lieu de :* être distrait.
94 — 21, *in legis actionibus*, *au lieu de : in legibus actionibus.*
95 — 26, peut, *au lieu de :* pouvait.
113 — 17, palimpseste, *au lieu de :* palympseste.
128 — 30 (XX, 1), *au lieu de :* (XX, 10).
161 — 6, 7 et 8, *Numerium*, *au lieu de : Numerum.*
161 — 20, , par exemple : *au lieu de :* par exemple.
185 — 23, prouve, *au lieu de :* prouvent.
240 — 5, adition, *au lieu de :* addition.
297 — 4, et à ne pas, *au lieu de :* et de ne pas.
385 — 31, τοῦ κονβεντοῦ, *au lieu de :* τον, etc.
396 — 6, était, *au lieu de :* c'était.

NOTA. Quand, dans le cours de l'ouvrage, on renvoie aux §§, on les cite en chiffres arabes au lieu de les citer en chiffres romains.

Corbeil, impr. de Crete.





